

Selgers opplysningsplikt ved forbrukerkjøp

Kandidatnummer: 568

Leveringsfrist: 25. April. 2013

Antall ord: 16530



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	OPPGAVENS INNHOLD	1
1.2	FORBRUKERKJØPSLOVEN	2
1.2.1	Forhistorie.....	2
1.2.2	Forbrukerkjøpsloven.....	5
1.3	RETTSKILDER I FORBRUKERKJØP	9
2	OPPLYSNINGSPLIKTEN: FORHISTORIE	14
3	OPPLYSNINGSPLIKTEN	16
3.1	INNLEDNING.....	16
3.2	§ 16 1. LEDD LITRA B	16
3.2.1	Innledning.....	16
3.2.2	Opplysningen.....	18
3.2.3	Vilkår: ”forhold ved tingen”	20
3.2.4	Vilkår: ”grunn til å regnet med å få”	22
3.2.5	Vilkår: ”Innvirkningskravet”	31
3.2.6	Vilkår: Skyldkravet.....	35
3.2.7	Hvem omfattes av selgers opplysningsplikt	38
3.2.8	Forholdet mellom § 16 litra b & c	39
3.3	Unntak fra selgers opplysningsplikt.....	40
3.3.1	Forbrukers eget formål	40
3.3.2	Forbrukers kunnskap om tingens mangel	40
3.3.3	Forbruker ansvarlig for materialet som brukes.....	45
4	OVERSIKT OVER FORBRUKER SITT KRAV VED BRUDD PÅ OPPLYSNINGSPLIKTEN	46

5	AVSLUTTENDE SYNSPUNKTER.....	47
6	LITTERATURLISTE	51

1 INNLEDNING

1.1 OPPGAVENS INNHOLD

I denne avhandlingen skal jeg behandle selgers opplysningsplikt overfor forbruker etter forbrukerkjøpsloven av 21. juni, nr. 34 2002 (fkjl.), § 16 (1) ledd, litra b. Jeg avgrenser meg således mot næringskjøp som faller utenfor forbrukerkjøpsloven og andre kjøp som er særskilt regulert i egne lover. Det kan likevel være fruktbart å se hen til andre lover for å forstå hva som ligger i opplysningsplikten, dette vil jeg da også gjøre.

Hovedproblemstillingen som skal behandles er opplysningsplikten til selger. Opplysningsplikten stiller krav til selgers opptreden overfor forbruker ved kjøp. Kravet er at selger gir forbruker den informasjon han alminnelig kunne regne med å få om kjøpet. Spørsmålet i oppgaven blir således når plikten foreligger, hva den innebærer og hva konsekvensene kan bli om den ikke overholdes.

Til slutt vil en av problemstillingene være å undersøke om det er forhold som kan lempe eller løse selger fra opplysningsplikten.

Motivet for å velge dette temaet er å finne i en personlig interesse for faget. Det er også interessant å skulle behandle en rettslig standard (som opplysningsplikten er) sett i lys av de strenge rammene det i utgangspunktet preseptoriske lovverket tillater.

Tema behandles først ved å se på forbrukerretten, så hva forbrukerkjøp er og til slutt gi en oversikt over rettskildebildet i forbrukerretten. I punkt to ser jeg på bakgrunnen og utspringet for opplysningsplikten.

Hoveddelen vil være en redegjørelse for opplysningspliktens innhold.

Deretter skal jeg gi en kort oversikt over de konsekvenser som brudd på opplysningsplikten vil kunne medføre.

1.2 FORBRUKERKJØPSLOVEN

Siden jeg skal skrive om opplysningsplikten i forbrukerkjøp passer det seg å gi en oversikt om forbrukerretten generelt. Forbrukerkjøpsretten hører inn under privatretten og der igjen kjøpsretten. De er da spesielt tre lover som gjør seg gjeldende i denne oppgaven: kjøpsloven, forbrukerkjøpsloven, og avhendingslova. Disse lovene bygger i stor grad på samme type lovsystem og løsninger som igjen er en kodifisering av alminnelige kontraktrettslige prinsipper og rettspraksis. Forbrukerkjøpsloven skiller seg ut ettersom forbrukervernhensyn er det mest sentrale motivet i loven. Forbrukerkjøpsloven er også utformet for å harmonere med forbrukerdirektivet. Dette har ført til visse avvikende løsninger og et forenklet system. Opplysningsplikten i forbrukerkjøpsretten er et eksempel på en slik forenkling og i en viss grad avvikende løsning.

Jeg begynner med forhistorien til forbrukerkjøp og deretter en etterfølgende oversikt over hva et forbrukerkjøp er i forbrukerkjøpsloven.

1.2.1 Forhistorie

Et samfunns mulighet til å utvikle seg beror i stor grad på hvordan næringslivet fungerer. Et samfunn burde ønske å ha et næringsliv som er vitalt og effektivt. For å nå det målet er det mange faktorer som gjør seg gjeldende, men to ting er spesielt viktige: tilliten og muligheten til å gjennomføre kjøp. Dette gjelder både for selger og kjøper/forbruker. Derfor har det vært lang tradisjon for at private næringsaktører har utarbeidet kontrakter, kutyper og utviklet sedvaner for å regulere og dermed forenkle og effektivisere strukturen rundt kjøp og salg.

I denne utviklingen som i det store og det hele har blitt styrt av profesjonelle parter, er det ikke rart at ”forbruker” har blitt glemt. Dette kan begrunnes i at forbrukerkjøp ikke er så komplisert sammenlignet med næringslivets transaksjoner. Dette utgangspunktet kan likevel hevdes å være på vikende front.

En annen faktor var at man før hadde et annet type samfunn, mer klassesdelt. Det ville ikke vært naturlig at den enkle mannen i gata skulle hevde sin rett overfor en mer aktverdig forretningsmann. Forbrukermakten var svak i motsetning til i dag hvor vi har Forbrukerrådet og Forbrukernemda som særlig behandler forbrukertvister og forbrukerspørsmål. Seneste eksempel er Røeggensaken hvor Forbrukerrådet både har vært hjelperintervenient og har en meget vokal stemme for å presse bankene til å gjøre opp for seg overfor de kunder Forbrukerrådet mener bankene har opptrådt uredelig mot.

Da kjøpsloven av 1907 kom var det ikke overraskende at den bar preg av å følge den europeisk handelstradisjon, følgelig at hensynet til næringslivet sto i sentrum¹. Denne kjøpsloven regulerte alle typer kjøp og skilte ikke mellom hvem partene var. Loven ble også gjort fravikelig, jf. Kjl (1907) § 1, som tillot handelsbruk og annen sedvane å slå igjennom ovenfor lovbestemmelsene².

I 1974 ble loven revidert, det ble da gjort til dels radikale endringer til fordel for den svake part. For det første ble loven gjort ufravikelig i forbrukerkjøp, med unntak for ordninger som ga forbruker en bedre rettsstilling. For det andre ble det vedtatt en generell ugyldighetsklausul om avtalebestemmelser som ville være urimelig eller i strid med god forretningsskikk. Det ble også gitt særlige bestemmelser om forbrukerkjøp.³

Foranledningen for endringene var at forbruker hadde kommet svært skjevt ut som følge av de opprinnelige bestemmelsene. Samfunnsendringer generelt tillot ikke lovgiver å la den svake part stå uten vern mye lengre. Markedet hadde utviklet seg slik at flere og flere kjøp ble gjort av forbruker, disse kjøpene ble også i større og større grad mer sammensatte og innviklede. Lovgiver ønsket derfor å hindre altfor ensidige avtaler og praksiser som gagnet handelsnæringen uproporsjonalt. Eks. på andre tiltak fra lovgiver var vedtaket av markedsføringsloven fra 1972 og angrefristloven fra 1972.

¹ Ot.prp. nr 44 (2001-2002) s. 10

² Ot.prp. nr 44 (2001-2002) s. 10

³ NOU 1993:27 s. 16

Hagstrøm, (2005) s. 40-41

En del av bestemmelsene som ble vedtatt i 1974 ble også videreført til dagens kjøpslov av 1988, 13 mai, nr. 26. Loven ga noen egne bestemmelser vedrørende forbrukerkjøp og differensierte mellom parter som var næringsdrivende og de som var forbrukere. Dette var likevel ikke godt nok. Allerede i 1989 ble det nedsatt et utvalg som skulle utrede forbrukers rettsstilling og muligheten for en egen lov om forbrukerkjøp. Utgangen av arbeidet ble *NOU-1993-27. Forbrukerkjøpslov*. Hovedkonklusjonen fra utvalget var at det burde vedtas en egen forbrukerkjøpslov som skulle være ufravikelig og hvor hovedformålet skulle være å styrke forbrukervernet⁴. En av grunnene til at kjøpsloven ikke ytet et tilfredsstillende nok vern, var at den fortsatt bar preg av å tilgodese den sterke part i ufordelaktig stor grad. Eksempelvis var en del bestemmelser meget skjønnsmessige i sitt innhold. Dette førte til en usikker rettsstilling for forbruker. For å få avklart rettsstillingen ville det være nødvendig å fremføre saken for en domstol, dette igjen kunne påføre forbruker høye kostnader og være svært tidkrevende.

En annen sak var at loven tillot handelspraksis å slå igjennom ovenfor lovens bestemmelser. Hovedproblemet da var en fremherskende bruk av standardavtaler. Slike avtaler ble i det store og det hele konstruert av den sterke part, i hans favør.

Selv om utvalget var klar i sin konklusjon ble gjennomføringen av en forbrukerkjøpslov satt på vent idet EF (Det Europeiske Fellesskapet) hadde igangsatt eget arbeid angående forbrukervern. Resultatet ble Forbrukerkjøpsdirektivet – 1999/44/EF. Direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen i 2000. Dermed måtte et nytt arbeid igangsettes for å se på en framtidig forbrukerkjøpslov. Departementet måtte da ta hensyn til nasjonale utfordringer i like stor grad som de måtte harmonisere og gjennomføre lovverket i samsvar med Forbrukerdirektivet. Utgangen ble Ot.prp. 44 (2001-2002 om lov om forbrukerkjøp). Konklusjonen her var i det store og hele overensstemmende med den fra forbrukerutvalget i 1993.

Deretter ble forslaget behandlet og vedtatt av Stortinget i 2002: Lov 21. Juni, 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp.

⁴ NOU 1993:27 s. 13

1.2.2 Forbrukerkjøpsloven

Her skal jeg gi en oversikt over lovens virkeområde og regulering.

Utgangspunktet slås fast allerede i fkjl. § 1 (1), ”loven gjelder forbrukerkjøp”. Unntak der noe annet er fastsatt i lov, eksempelvis Avhendingslova av 3. juni, 1992 nr. 93, som regulerer kjøp og salg av fast eiendom. Loven er altså i utgangspunktet ufravikelig når det gjelder lovvalg. For de kjøp som faller inn under *forbrukerkjøp* er loven preseptorisk, selger kan ikke gjøre gjeldende vilkår som er mer ugunstig for forbruker enn hva loven oppstiller. Omvendt gis det adgang til å avtale vilkår som stiller forbruker i enn mer gunstig stilling enn hva loven angir. Det kan eksempelvis være å gi forbruker lengre reklamasjonsfrist enn hva loven oppstiller.

Bakgrunnen for den delvise preseptoriske ordningen er å gi forbruker frihet til å inngå individuelle avtaler, prinsippet om avtalefrihet gjelder også innenfor forbrukerretten. Det er ikke noe i veien for at forbruker kjøper en ting som kanskje ikke svarer til alminnelig god vare, jf. fkjl. § 15, så sant forbruker selv er klar over valget han gjør. Det må derfor skilles mellom lovbestemmelser som er preseptoriske til gunst for forbruker og de bestemmelsene som først får virkning der kontrakten er taus eller kontraktsforholdet er uavklart. Igjen er fkjl. § 15 (1) er eksempel på en slik ordning.

Eksempel på en preseptorisk regel er opplysningsplikten til selger. Selger kan ikke kontrahere seg bort fra opplysningsplikten i fkjl. § 16 (1) litra b og c. Dette er fordi bestemmelsen gir forbruker en rettighet. Retten til å gjøre mangelsbeføyelse gjelder hvor selger ikke har overholdt opplysningsplikten.

Loven gjelder også for bytte av ting så langt den passer, jf. fkjl. § 1 (5).

1.2.2.1 Objektet for forbrukerkjøp

Det må først undersøkes hva ”forbrukerkjøp” er. For det første må det foreligge et kjøp, og det forutsetter igjen en avtale. Helt grunnleggende forplikter selger seg til å levere en ”alminnelig god vare”⁵ og kjøper plikter å motta varen og betale riktig vederlag til riktig tid. Dette illustrer et annet grunnleggende aspekt ved kjøp: prinsippet om ytelse mot ytelse. Derfor vil eksempelvis gaver falle utenfor loven.

Spørsmålet er så hva som inngår i ”kjøp”. I henhold til fkjl. § 1 (2), er objektet for kjøpet en ”ting”. Her er det lett å tolke ordlyden strengt da det etter alminnelig språklig forståelse ofte vil referere seg til fysiske varer også kalt løsøre. Det er likevel gjeldende rett at begrepet ”ting” skal tolkes utvidende. Jf. fkjl. § 2, skal eksempelvis kjøp av fordringer eller rettigheter også reguleres av loven, det samme gjelder tilvirkningskjøp. ”ting” anvendes for å ikke utelukke noe. Tjenester faller likevel utenfor loven.

Betingelsen for at en ting skal være et kjøp må etter vanlig kontraktsrettstradisjon være at det er en formuerettighet⁶. En formuerettighet defineres som ”alle objekter som er overdragelige og har økonomisk verdi, så sant det ikke klart er ment å være noe annet”. Denne overdragelsen må videre være frivillig. Tvangssalg vil eksempelvis ikke være overdragelse i forbrukerkjøpsforstand.

Her nevnes for ordens skyld at selv om forbrukerkjøp avgrenses mot tjenester, kjøp og salg av fast eiendom med mer, er det ikke til hinder for at andre lovers bestemmelser som også omhandler selgers opplysningsplikt burde ha innvirkning når man skal kartlegge innholdet av opplysningsplikten i forbrukerkjøp. Oppsettet, hensynene og formålene er i de fleste opplysningspliktbestemmelsene bygget over samme lest og momenter. Likevel må objektet/kontraktsforpliktelsen i hvert enkelt tilfelle sees i sammenheng med den konkrete vurderingen. Selgers opplysningsplikt er nok strengere ved et komplisert kontraktsforhold som eksempelvis finansavtaler satt opp imot forbrukers kjøp av en kaffetrakter. Momentene i vurderingen vil ofte være de samme, men vektleggingen kan således bli ulik.

⁵ Retstidende 1998 s. 774 (Videospiller-dommen) s. 781

⁶ Hagstrøm, (2005) s. 42-43

1.2.2.2 Partenes stilling

Videre for å fastlegge om det foreligger forbrukerkjøp, må det vurderes om partene i kontraktsforholdet oppfyller de kravene loven stiller.

I andre ledd oppstilles partene slik: forbruker er en part. Selger som opptrer i næringsvirksomhet er den andre parten. Videre i tredje ledd defineres forbruker som en fysisk person, som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet.

Som et utgangspunkt kan det slås fast at kjøpet må være mellom forbruker som kjøper og en selger som opptrer i næringsvirksomhet. Det betyr at salg mellom to forbrukere faller utenfor. Videre vil forbrukers salg til selger også falle utenfor. Kjøp og salg mellom to næringsdrivende vil selvfølgelig da ikke bli regulert av forbrukerkjøpsloven, men av kjøpsloven.

Begrunnelsen for den snevre partssammensetningen følger av at forbrukerkjøpsloven gir forbrukerpart en meget fordelaktig stilling pga. av utgangspunktet om at han er den ”svake part”. I begrepet ”svake part” forutsetter man at forbruker ikke har samme mulighet som en profesjonell part til å forutse virkningene, omfanget eller innholdet av en kontraktsforpliktelse. Man ønsker å jevne ut den skjevhet som antas å foreligge mellom partene, hvor selger forutsettes å være både mer kyndig og å ha flere midler til rådighet.

Dette perspektiv er viktig når man skal tolke forbrukerloven, man ønsker å nå fram til et godt resultat.

1.2.2.2.1 Selger

Først ser jeg på selger og kravet om å opptrer i næringsvirksomhet. Kravet om å opptre i næringsvirksomhet betyr at selger må være en ”yrkesselger” jf. forarbeidene⁷, i den aktuelle transaksjon med forbruker. Forarbeidene begrunner begrepet ”yrkesselger” med at det er

⁷ NOU 1993:27 pkt. 6.4.2 s. 36

en godt innarbeidet benevnelse som muligens rekker lengre enn næringsdrivende. Det sentrale må være at selger har slikt salg som hovedsyssel, selv om det ikke kan være et krav⁸. Her må man grense nedad mot mer hobbypregede transaksjoner. Klassisk eksempel er salg av frimerker fra en samler. Å selge ett og annet frimerke er nok ikke å opptre i næringsvirksomhet, men å selge over en lengre og fast periode, hvor omsetningen er av en større størrelse og man opptrer med en viss profesjonalitet med mer⁹, kan spørsmålet melde seg om selger da opptrer i næringsvirksomhet.

En avgrensning må også gjøres der selger gjør handel som privatperson. Si at han i jobb-sammenheng er selger av lydartikler, han vil da ikke i utgangspunktet sees som en selger som opptrer i næringsvirksomhet hvis han da selger bilen sin privat.

Annerledes er det hvis selger opptrer som om han selger utenfor næringsvirksomhet, men hvor det motsatte er sannheten. Eksempelvis å annonsere på FINN.no at man selger ting som privat person, men hvor salget egentlig er en del av næringsvirksomheten. Da vil det reelle forholdet slå igjennom og kjøpet vil ansees som et forbrukerkjøp.

Hvis selger lar seg representere av en selger i næringsvirksomhet vil dette også anses som forbrukerkjøp jf. fkjl. § 1, 2. ledd. Begge vil da være ansvarlig solidarisk for selgers forpliktelse, jf. fkjl. § 2, 4. ledd. Dette gjelder så langt forbruker ikke er gjort klart oppmerksom på representasjonsforholdet jf. fkjl. § 1 (4).

1.2.2.2.2 Forbruker

For det første må forbruker være en fysisk person jf. fkjl. § 1, 3 ledd. Mye taler for å kunne tolke bestemmelsen til å gjelde juridiske personer også der samme forbrukervern hensyn gjør seg gjeldende. Det fremgår likevel helt klart av forarbeidene fra 1993 og gjentatt i Ot.prp. fra 2001-2002¹⁰ at en slik tolkning ikke samsvarer med lovgivers vilje. Motivet for

⁸ NOU 1993:27 s. 34

⁹ Tverberg, (2008) s 87-88.

¹⁰ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002), s. 49

NOU 1993:27 s. 35-36

å avgrense forbrukerbegrepet til bare å gjelde fysiske personer var også for å ha rettsenhet med EU-retten på dette punktet.

Ønske om rettsenhet førte også til at man gikk bort fra ”synbarhetskravet”¹¹. Frafallet av synbarhetskravet resulterer i at det reelle forhold er det som er avgjørende for om kjøper er forbruker. Det spiller dermed ingen rolle hvordan forbruker ellers måtte ha fremstått for selger. Hensynet bak frafallet var å ha en så klar regel som mulig.

Foruten å være en fysisk person kreves det at forbruker har handlet ikke hovedsakelig som ledd i næringsvirksomhet, jf. flkl. § 1 (3). Dette betyr eksempelvis der forbruker går ut og kjøper en printer til kontoret han jobber ved, ikke vil omfattes av loven. Ordlyden ”hovedsakelig” tillater likevel forbruker å ha et kombinert formål med kjøpet. Ta det å kjøpe seg en fin dress til å bruke på jobben, men som også brukes privat, da vil nok kjøpet fortsatt anses som et forbrukerkjøp. Vurderingstemaet er hva formålet med kjøpet er. Et annet vurderingstema er grensegangen der forbrukers hobby bærer preg å være en binæring. Så som hvis en fugletitter også er en ivrig fotograf på fritiden. Kanskje han tar noen fine bilder han så selger videre. Hvis denne omsetningen av bilder blir av en viss størrelse, profesjonalitet, over lengre tid kan det spørres om innkjøp av kamera, dataredigeringsprogram, linse eller minnebrikker fortsatt er å anse som forbrukerkjøp.

Tidspunktet for vurderingen av formålet med kjøpet må være ved kjøpsinngåelsen. Om bruken forandrer seg i ettertid av forskjellige årsaker kan ikke det påvirke lovvalget.

1.3 RETTSKILDER I FORBRUKERKJØP

Nå skal det gis en oversikt over de rettskilder som gjør seg gjeldende ved anvendelsen av forbrukerkjøpsloven. Først innledes det med avklaring vedrørende forholdet mellom lov-anvendelse og den enkelte kontraktsinngåelse.

¹¹ Ot.prp. nr 44 (2001-2002), s. 50

Selv om loven i utgangspunktet er preseptorisk betyr det ikke at kontrakten partene har inngått er uten verdi. Kontrakten er av grunnleggende verdi når det skal kartlegges hvilke forpliktelser partene har overfor hverandre, for eksempel om en av partene har brutt kontraktsforpliktelsen sin, eller hvordan kjøpsforholdet ellers skal reguleres. Dette er grunnleggende kontraktsrett og kan begrunnes i alminnelige kontraktrettslige prinsipper som ”avtalefrihet” og at ”avtaler skal holdes”, jf. NL 5-1-1 og 5-1-2. Man må ta utgangspunktet i kontraktens innhold før man fyller ut med lovbestemmelser.

Det er først når kontrakten er taus, uklar, eller strider mot lovens preseptoriske bestemmelser at loven må tolkes og anvendes for å utfylle partens kontraktsforpliktelse.

Utgangspunktet for enhver anvendelse av lovverket vil være lovens ordlyd. Dette er kanskje mer sant når det gjelder forbrukerkjøpsloven enn andre kontraktsrettslige lover. Formålet med lovens system er å gi et regelverk som er enkelt og klart slik at forbruker selv kan lese og forstå egen rettsstilling.

Videre må man ved tolkning av ordlyden huske at formålet med loven er å gi forbruker et særskilt vern som den svake part. Derfor burde man være varsom med å tolke ordlyden for langt fra hva man ellers kan slutte av den alminnelig språklige forståelse. Dette kan likevel modereres hvis tolkningen er til forbrukers fordel. Ta for eksempel fjkl. § 1 om ”ting”, ordlyden taler for en snever forståelse, men forarbeidene anfører en vid tolkning. Virkningen av en slik tolkning er at bevisbyrden for at det foreligger et forbrukerkjøp er lempet.

Forarbeidende til forbrukerkjøpsloven er en meget sentral rettskilde. Loven er et produkt av en sterkt rettspolitisk vilje som innebærer at forarbeidende må få en sentral plass ved tolkning av loven. Det gjøres oppmerksom på at det både i NOU:1993:27 og Ot.prp. nr. 44 (2001- 2002) ble tilstrebet å skape rettsenhet og harmoni med den europeiske utvikling på området. Spesielt Ot.prp. nr. 44 har gitt det da nye Forbrukerdirektivet mye oppmerksomhet i sin utredning. Derfor vil også Forbrukerdirektivet være en viktig rettskilde å ta hensyn til.

Direktivet er gjennomført i norsk rett jf. EØS-avtalen, følgelig vil direktivet ha forrang framfor norsk lov, jf. art. 2. Ergo vil det være maktpåliggende å tolke loven i samsvar og ikke i strid med direktivet. Dette presumeres også å være hovedlinjen jf. presumsjonsprinsippet; ”norsk rett formodes å være i overensstemmelse med folkeretten”¹². Dette standpunktet kan modereres noe da direktivet er et såkalt ”minimumsdirektiv” jf. art. 8 (2). Det vil si at lovgiver i Norge både står fritt til å gi eller tolke bestemmelser med den utgang at forbruker får en bedre rettsstilling enn hva direktivet ellers bevilger.

I nær sammenheng med forarbeidene er formålet med loven eller de enkelte bestemmelser. Man ønsker å være lojal mot lovgiver ikke bare ved å isolert tolke ordlyden, men også ved å være lojal overfor motivet med loven, den enkelte bestemmelse eller den sammenheng de enkelte bestemmelsene er ment å ha for hverandre.

Rettspraksis er også en tung rettskildefaktor. Utfordringen ved forbrukerkjøp er at det er avsagt svært få dommer som anvender forbrukerkjøpsloven. De få som er avsagt er da sentrale i rettskildematerien, eks. Rt. 2006 s. 179 ”Støvlettdommen”.

Men selv om det ikke er avsagt mange forbrukerkjøpsdommer kan det likevel være fruktbart å se til andre nabolover slik som kjøpsloven, bustadoppføringslova eller avhendingsloven. Når det gjelder rettspraksis fra kjøpsloven må man være bevisst på at eldre dommer ikke i samme grad eller i det hele tatt tar med eller tar hensyn til forbrukerperspektivet i sin vurdering. Dette kan tale for varsom bruk av eldre dommer. Videre må man uansett være på vakt for at forbrukerkjøpsloven særlig tilgodeser forbruker ved tvist. Eksempelvis Avhendingsloven av 3. Juni, nr. 93, § 3-7 som regulerer selgers opplysningsplikt. Selger er her bare ansvarlig for opplysninger han visste eller måtte vite. Dette er et skille fra forbrukerkjøpslovens krav til selger jf. fkjl. § 16 litra b, hvor selger enten visste eller *burde* ha visst.

¹² Gisle. (2007) s. 252

Både EFTA-domstolen og EF-domstolen må tillegges vekt ved tolkning og anvendelse av loven jf. EØS-avtalen og forbrukerdirektivet.

Avgjørelser fra lagmannsretten og tingretten har mindre vekt, jamfør alminnelig rettskildelære. De kan likevel spille en rolle der Høyesterett ikke har noe uttalt standpunkt.

Spesielle avgjørelsesorganer som forbrukertvistutvalget (FTU) som behandler og avgjør utelukkende forbrukerrettslige tvister kan tenkes å ha større rettskildeverdi enn hva andre domstollignende organer, nemder ellers bevilges. Forarbeidene anfører selv at FTU burde ha ”stor rettskildeverdi”¹³. Juridisk teori er heller lunken til den oppfatning, jf. Arnulf Tverberg i boken ”Forbrukerkjøp: med kommentarer”. Forfatter mener at på tross av den store juridiske kompetansen utvalget har, er ikke behandlingen på langt nær så grundig som den Høyesterett utfører. I tillegg har Høyesterett selv uttalt at FTUs praksis bare kan ha en viss vekt¹⁴. Tverberg konkluderer dermed at FTUs avgjørelser heller burde sees som gode illustrasjoner som kan være med på å fylle ut rettsbildet.

I henhold til vanlig rettskildelære kan det muligens være at man heller burde falle et sted mellom den oppfatning som forarbeidene anfører og hva den juridiske teori antar. Hvis FTUs praksis er langvarig, fast og ellers gir et godt resultat angående et tolkningsspørsmål burde det ikke være uten betydning. I tillegg har avgjørelser fra FTU i senere tid blitt lettere tilgjengelig noe som med tiden burde føre til at FTUs avgjørelser gis noe større vekt.

Avklarte tolkningsspørsmål i annen lovgivning som kjøpsloven hvor forbrukerkjøpsloven deler mange like bestemmelser, kan naturligvis være et viktig argument for den ene eller andre løsning. Det samme vil kunne gjelde avhendingsloven som er nokså lik kjøpsloven

¹³ NOU 1993:27, s. 106.

¹⁴ Tverberg, (2008) s. 41-42.

på vesentlige punkter og som i betydelig grad bygger på samme forarbeider¹⁵. Bakgrunnen er enhet til rettsenhet og klarere rettstradisjon.

Her som ellers er det viktig å være oppmerksom på at bestemmelser fra andre rettsområder enn forbrukerretten ikke alltid vil tillegge forbrukervernhensynet samme betydning. Derfor er hensynet til rettsenhet vel så viktig som å se hen til hvilken virkning slik tolkning kan få for forbrukervernet, selv om bestemmelsene ellers er like eller tilnærmet like.

Nordisk rett kan også være nyttig. I senere år har utviklingen blant de nordiske landene vært forskjellig noe som påvirker rettskildeverdien¹⁶. Bestemmelser som likevel er lik hverandre vil naturligvis kunne ha rettskildemessig vekt på den bakgrunn av at forarbeidene selv søker å arbeidet mot rettsenhet og harmoni med det internasjonale samfunnet.

Av den grunn kan også CISG (United Nations Convention for the International Sale of Goods) fra 13. mai 1980, gi retningslinjer for hvordan et tolkningsproblem skal løses. FN-konvensjonen regulerer ikke forbrukerkjøp direkte, men er forbildet til dagens kjøpslov. Hensynet til internasjonal rettsenhet og harmoni tilsier da at den skal ha vekt, så sant forbrukerhensyn ikke veier tyngre¹⁷.

Tilslutt må reelle hensyn tas med i vurderingen av både den enkelte rettskildefaktors løsning, men også den løsningen som et samlet tolkningsresultat gir. Utgangspunktet for vurderingen vil da være ”resultatets godhet”¹⁸.

For å måle ”resultatets godhet” er det flere hensyn å ta i betraktning innenfor forbrukerretten.

Forbrukervernhensynet vil være særdeles viktig, derunder hensynet til klare og enkle regler og hensynet til den svake part fremfor den sterke.

¹⁵ Hagstrøm, (2005), s. 22.

¹⁶ Tverberg, (2008) s. 61

¹⁷ Tverberg, (2008), s. 38.

¹⁸ Eckhoff, (2011) s. 371

Andre hensyn som rettsenhet mellom lover og det internasjonale samfunn er et eget mål innenfor forbrukerretten, som også burde påvirke vurderingen.

2 OPPLYSNINGSPLIKTEN: FORHISTORIE

Motivet for å gi en oversikt angående opplysningsplikten forhistorie og da særlig innenfor avtaleretten begrunnes i at man ikke kan se opplysningsplikten isolert i et forbrukerperspektiv. Opplysningsplikten i forbrukerkjøp må ta utgangspunkt i den alminnelige lære om opplysningsplikten.

Utgangspunktet for en generell, men kort behandling av opplysningsplikten må være forhistorien. Forhistorien er utgangspunktet for mange av premissene for hvordan regelen i dag fremstår. Opplysningsplikten kan sees som et utslag av den alminnelige plikten til å opptre lojalt (jf. Rt. 1984 s. 28, Rt. 1995 s. 1460 – hvor illojalitet ble akseptert som ugyldighetsgrunn) i et avtaleforhold/kontraktsforhold. Å opptre lojalt vil si at ”partene ikke kan hevde sine interesser til fortrensel for hverandre, men innenfor visse grenser må vareta hverandres interesse” (Krüger, norsk kontraktsrett jf. Woxholth, 2006¹⁹) I henhold til rettspraksis (jf. Rt. 1988 s. 1078) løper denne plikten både før, under og etter at kontraktsforholdet innledes. Andre plikter som løper ut fra plikten til å opptre lojalt er informasjonsplikter, taushetsplikter, omsorgsplikter med mer. Illojalitet som ugyldighetsgrunn er likevel noe som først ble akseptert i moderne avtalerett²⁰. Før den tid var det likevel utformet en ulovfestet ugyldighetsregel som anses som forløperen til avtl. § 33. Avtl. § 33 er en ugyldighetsregel som særlig har vært anført der løftegivers løfte har hatt mangler pga. mangelfull informasjon som kunne ha betydning for avtaleinngåelsen. Den ulovfestede ugyldighetsregelen var utformet av professor Stang (1867-1941) gjennom hans lære om ugyldighet

¹⁹ Woxholth (2006) s. 326

²⁰ Woxholth (2006) s. 326

når det forelå en ”synbar viljesmangel”²¹. Selv om utformingen av avtl. § 33 var et resultat av dansk, norsk, svensk samarbeid som endte med samme regel, har avtl. § 33 fått mye større betydning i norsk rett. Mye av grunnen til dette var professor Stang sin lære om opplysningsplikt og avtl. § 33.

Brudd på opplysningsplikten i avtl. § 33, avhenger av om løftemottager har unnlatt å gi løftegiver informasjon som kan sies å ha betydning for avtaleinngåelsen som løftemottager må ha visst. Foreligger det et slikt senario og hvis det da vil stride mot redelighet og god tro for løftemottager å binde løftegiver, er det brudd på opplysningsplikten å gjøre så.

Vurderingen faller altså på om den konkrete situasjonen strider mot redelighet eller god tro og om løftemottager visste om opplysningen.

Redelighetsvurderingen også referert til som redelighetskravet har utviklet seg til å bli en rettslig standard²². En rettslig standard innebærer at vurderingen både er skjønnsmessig og dynamisk. Man har da muligheten til å betrakte løftemottakers opptreden i forhold til dagens moral og samfunnsstandard. Dette er sentralt å huske, siden det i ettertiden har kommet mange lignende opplysningspliktbestemmelser innenfor kontraktsretten. I kontraktsretten har redelighetskravet således en sentral plass og anses å være sammenfallende med det i avtaleloven. Redelighetskravet slik det har utviklet seg i avtaleretten er derfor en premissleverandør også i den alminnelige kontraktsrett. Redelighetskravet må også sees i sammenheng med at det er et unntak fra to grunnprinsipper i avtaleretten; prinsippet om at avtaler skal holdes og at partene er ansvarlig for egne forutsetninger og forventninger. Det er likevel harmoni da ingen av de sistnevnte prinsippene støtter opp om avtaler inngått på uredlige premisser. Forventningsprinsippet spiller likevel en sentral rolle da ansvaret gir partene insentiv til å kommunisere sine forestillinger til motpart.

²¹ Woxholt (2006) s. 314

Hagstrøm (2003) s. 139

²² Woxholt (2006) s. 315

Redelighetskravet som rettslig standard spiller også inn på hvordan man skal vurdere eldre domsavgjørelser hvor samfunnsklima var annerledes. Forbrukervernhensyn vil i dag spille en langt større rolle enn hva den gjorde bare for noen tiår siden.

3 OPPLYSNINGSPLIKTEN

3.1 INNLEDNING

I forbrukerforhold reguleres opplysningsplikten til selger i fkjl. kapittelet 4: § 16 og 17. Jeg skal ta for meg opplysningsplikten i ordinære kjøp i motsetning til de i fkjl. § 17 som regulerer kjøp hvor selger har tatt et forbehold. Videre vil jeg ikke behandle de tilfeller hvor opplysninger er gitt, men hvor de er ukorrekte. Således står man igjen med fkjl. § 16 1. ledd, litra b.

Rettskildene på dette området vil foruten lovens ordlyd, forarbeider, reelle hensyn være rikt supplert gjennom rettspraksis særlig fra kjøpsloven, avhendingslova og avtaleloven.

Forbrukerdirektivet inneholder ingen bestemmelser av denne type, men inneholder i praksis et unntak fra opplysningsplikten til skade for forbruker i art. 2, som også er å finne i fkjl. § 16 (3).

3.2 § 16 1. LEDD LITRA B

3.2.1 Innledning

Fkjl. § 16 angir hvilke forhold som kan forårsake mangel ved ting, som igjen gir forbruker rett til å gjøre gjeldende mangelsbeføyelse overfor selger. Bestemmelsen regulerer tre forskjellige opplysningsforpliktelser: opplysningsrisiko, undersøkelsesplikt og opplysningsplikt. Opplysningsrisiko er hvor selger faktisk har opplyst om et forhold, men hvor informasjonen er villedende eller ukorrekt, det reguleres i litra c. Undersøkelsesplikt gjelder i utgangspunktet ikke i forbrukerkjøp, men forbruker er ansvarlig for de mangler han ved

kjøpet må ha sett jf. tredje ledd. Ved kjennskap til mangelen kan han ikke etter kjøpet påberope det forholdet som mangel. Opplysningsplikten blir regulert i litra b. Her er det selger som har risikoen for at det foreligger mangel ved tingen hvis han ikke har overholdt opplysningsplikten. Det er ikke adgang til å forhåndsavtale seg bort fra litra b jf. fkjl. § 3, se i motsetning kjl. § 15 hvor partene kan avtale tingens egenskaper.

Lovgivers hensikt med bestemmelsen var å gi en generell opplysningsplikt som ikke eksisterte i lovverket ellers. Forarbeidene ønsker derfor å distansere seg fra bestemmelser som kjl. § 19 litra b og da spesielt både ordningen med ”as is” – kjøp og vesentlighetskravet, men også skyldkravet til selger²³.

I avtaleretten var ugyldighetsgrunnen svikten i viljen til løftegiver. Hadde han sluttet avtale hvis han hadde blitt korrekt opplyst? I forbrukeretten er spørsmålet hvilke forventninger forbruker har til tingen. Dette har spesielt stor betydning i forbrukerkjøp hvor det sjeldent foreligger en skriftlig enighet partene imellom vedrørende tingens egenskaper. Derfor må man falle tilbake på hva forbruker kunne forvente av tingen. I den sammenheng er det også viktig å huske at partene har ansvar for egne forventninger og forutsetninger. Det betyr at forbrukers forventninger, hvis de går utover de forventningene man ellers kan stille til tingen, må kommuniseres til selger. Det er i slike anledninger og hvor selger må ha forstått forbrukers feilaktige oppfatning at han plikter å avkrefte eller dempe forbrukers gale forventninger.

Hvis forbrukers forventninger og tingen stemmer overens spiller det i utgangspunktet ingen rolle hva selger har opplyst om eller ikke. Det er først når forventningen til forbruker og tingens egenskaper ikke stemmer overens i negativ forstand (tingens egenskaper er dårligere, ikke bedre enn forbrukers forventninger) at det må vurderes om selger kunne avverget forbrukers feilaktige forventninger. Det er likevel en grense for hvor mye informasjon selger plikter å gi. Bestemmelsen sanksjonerer opplysningsvikt bare hvis tre objektive vilkår og deretter ett subjektiv vilkår er oppfylt. For det første gjelder det bare opplysninger som

²³ NOU 1993:27 s. 57-58

angår tingen. For det andre gjelder det utelukkende opplysninger forbruker kunne regne med å få. For det tredje gjelder det kun opplysninger som kan antas å ha virket inn på kjøpet. Fjerde og siste vilkår er skyldkravet for selger. Selger plikter ikke å opplyse om ting han ikke vet, så sant det ikke er uaktsomt av ham å ikke kjenne til opplysningen. Om opplysningsplikten til selger er brutt beror derfor på om disse vilkårene er oppfylt. Vil-
kårene er ikke strengt adskilt. De opplysningene forbruker kan vente å få, vil som oftest også virke inn på kjøpsmotivet.

Videre i fremstillingen vil jeg ta for meg hvert av vilkårene for å se hva som slags innhold de har. Det er viktig å påpeke at enhver vurdering av om selger har overholdt opplysningsplikten er en konkret vurdering av forholdet. I en slik redegjørelse jeg tar fatt på vil det ikke fremkomme et endelig fasitsvar på når opplysningsplikten er brutt. Dette beror dels på redelighetskravet som alltid ligger til grunn for opplysningsplikt-vurderingen. Redelighetskravet er som nevnt en rettslig standard og vil til enhver tid måtte reflektere den konkrete tvist, men samtidig samfunnets normer og moral for øvrig. Av den grunn kan en redegjørelse for opplysningsplikten i beste fall bare angi hvilke hensyn og vurderinger de lega lata burde inngå i redelighetskravet og til nød noen opplysningstyper som klart faller inn eller utenfor hva det er redelig å opplyse om. Fremstillingen vil i beste fall prøve å angi noen av de rettesnorer gjeldende rett mener opplysningsplikten består av.

Jeg vil likevel starte redegjørelsen med noen omstendigheter rundt opplysningsplikten som ikke reguleres av bestemmelsen, men som likevel må avklares.

Til slutt sier jeg noe om hvilke forhold hvor svikt ved opplysningsplikten likevel ikke vil ha virkning.

3.2.2 Opplysningen

Før jeg går inn på om vilkårene for opplysningsplikten foreligger, skal jeg si noe om når opplysningen pliktes å fremlegges og hvordan den må komme frem til forbruker.

Mangel etter fkjl. § 16 er at opplysningen ikke ble gitt ved kjøpet. Altså da partene forpliktet seg overfor hverandre. Det angir dermed at selger bare kan stå ansvarlig for kunnskap han hadde på tidspunktet ved kjøpet. Hovedregel er derfor at opplysningen må gis ved kjøpet. Hvis selger først etter levering forteller forbruker at bilen han kjøpte har rustskader vil det være for sent å rette opp. Da er det opp til forbruker om han tar opplysningen til etterretning eller om han velger å fremme mangelsbeføyelse.

Spørsmålet er da hva som er regelen når kjøpet og levering ikke faller samtidig. Si at selger først får kunnskap om en omstendighet etter kjøpet, men før levering. Vil den kunnskapen kunne bli sanksjonert? Formålet med bestemmelsen er å sikre at forbruker får de nødvendige opplysninger slik at han selv kan vurdere om han vil gjennomføre kjøpet. Derfor må opplysningsplikten gjelde før eller ved kjøpet. Det vil si at selger i utgangspunktet går fri om han får kjennskap til forholdet etter kjøpet. Bestemmelsen rammer også tilfeller der selger burde vite. Hvis det er en omstendighet, si en tilkommen forskrift som begrenser anvendelsen av tingen, men som trer i kraft etter kjøpet, dog før levering. Kan selger rammes? Hovedregelen tilsier at han kan hvis han har opptrådt uaktsomt slik at det kan anføres at han burde ha visst om den fremtidige forskrift. Regelen blir således at selger svarer for de opplysninger han vet eller burde vite ved kjøpet, ikke etter, selv om mangelens virkninger først blir synlige i ettertid, jf. § 18 (1).

Det andre punktet er hvordan opplysningen må fremkomme. Dette er ikke et spørsmål om når eller hvilke, men hvordan opplysningen må gis for å anses gitt. Det må stilles krav, i motsatt fall kan selger opptre ganske uredelig, men likevel sies å ha overholdt opplysningsplikten. Da kan man ende opp med situasjoner hvor den ”lille skriften” nederst på siden inneholder den viktigste informasjonen.

Utgangspunktet er likevel at enhver formidlingsmetode må godtas. Skriftlig, muntlig, ved demonstrasjon, vareprøve osv. Kravet må i første omgang være at forbruker har forstått hva selger kommuniserer. Budskapet må ha kommet klart frem slik at forbruker har fått med

seg innholdet, jf. forarbeidene til lignende bestemmelse i avhl. § 3-7²⁴. Hva slags ting og type opplysning det gjelder vil kunne påvirke hvilken metode selger burde bruke. Eks. ved kjøp av brukt motorvogn kan det være greit å få skrevet ned de egenskaper bilen har på kjøpstidspunktet.

Spørsmålet er så om opplysningen skal sendes og ikke direkte fremføres, om det da gjelder noen spesifikke krav. Utgangspunktet må være fkjl. § 4 om risikoen for sending av meldinger, da er selger fri for ansvar så sant melding er sendt på forsvarlig vis og i samsvar med loven. Slik fremgangsmåte kan likevel være uheldig hvis det er tale om kjøp hvor opplysningen som sendes er særlig teknisk og har et vanskelig innhold som tilsier at det ville vært mer forsvarlig at forbruker direkte skulle kunne stille spørsmål til selger. Selger må ha ansvar for at forbruker forstår meldingens innhold.

3.2.3 Vilkår: ”forhold ved tingen”

Nå som de praktiske forholdene rundt opplysningen er avklart kan fremstillingen om når opplysningsplikten er brutt jf. fkjl § 16 (1) litra b påbegynnes.

Det første objektive vilkåret jeg skal behandle er om selger har forsømt å gi opplysninger ved tingen, eller dens bruk, jf. fkjl. § 16 (1) første punktum. ”Ting” er et rettslig begrep i forbrukerloven og er negativt angitt i fkjl. § 1 og 2.

I alminnelig lære om opplysningsplikten pleier det samtidig å stilles krav til at opplysningen må være vesentlig. Unnlatelsen av å ta med et vesentlighetskrav er gjort med hensikt av lovgiver. I forarbeidene²⁵ står det klart at hensynet bak vesentlighetskravet er ivaretatt ved at det i tillegg kreves at opplysningen er av en slik karakter at forbruker kunne regne med å få den. Fra det må man slutte at ordlyden ikke kan tolkes innskrenkende, det gjelder alle

²⁴ Tverberg (2008) s. 251: Ot.prp. nr. 66 (1990 – 91) s. 89 sp. 1

²⁵ NOU 1993:27 s. 124

forhold ved tingen eller dens bruk. Eks. levetid, funksjon, kompatibilitet med andre produkter, pris, vedlikeholdskrav, fare eller sikkerhetsrisiko ved tingen. Også opplysninger ved tingen som ellers er nevnt i fkjl. § 16 (1) litra d skal nevnes. Ved salg av brukttting kan det være relevant å si noe om tidligere eierforhold og om det har vært reparasjoner eller lignende. Se her Rt. 1966 s. 996. Selger solgte en båt som hadde en hatt en sprekk, men som var blitt reparert rett før salget. Denne opplysningen tier selger om. Båten forliste like etter salget, årsaken var sprekken i skroget. Kjøpers krav om å heve kjøpet ble tatt til følge pga. vesentlig mangel. I henhold til erstatningsspørsmålet uttalte Høyesterett (HR) at hvis selger lojalt hadde opplyst om reparasjonen kunne kjøper selv vurdert hvorvidt han ville foretatt kjøpet.

Alt er i utgangspunktet relevant siden terskelen er så lav. Dette utgangspunktet må likevel modereres når forholdet skal måles opp mot de neste to vilkårene: forbruker kunne regne med å få og at unnlatelsen kunne antas å ha innvirkning på kjøpet.

I den alminnelige lære om opplysningsplikten oppstilles det krav om at forholdet det skal opplyses om må være "historiske kjensgjerninger" og ikke hypoteser, usikre vurderinger, antagelser eller formodninger. Bakgrunnen er at sistnevnte ikke er forankret i noe konkret, altså det er ikke et forhold ved tingen jf. lovteksten.

Skillet mellom kjensgjerninger og mer flytende vurderinger er derfor ikke helt klare. Hagstrøm²⁶ viser til et eksempel av Arnholm: en almen vurdering som trykker kursen på et verdipapir, er straks noe av en kjensgjerning.

Det er likevel slik at fremtidige forhold anses å tilhøre gruppen historiske kjensgjerninger, så sant de anses å gjelde forhold ved tingen. Se. Rt. 1953 s. 449. I denne saken ble det tvist vedrørende kjøp av produksjonsutstyr til et pølsemakeri. Maskinen ble ikke godkjent av myndighetene grunnet manglende kapsling av motor. HR kom til at selger var nærmest til å kjenne forskriftene som regulerte slik godkjenning og derfor burde han ha opplyst kjøper om risikoen for at maskinene ikke ville blitt godkjent.

²⁶ Hagstrøm (2005) s. 74; Arnholm: Privatrekt II s.332

Noen ting er det likevel ikke plikt for selger å opplyse om, eks. hans egne motiver for å selge tingen. Andre omstendigheter som at tingen kan bli kjøpt til en billigere penge et annet sted er heller ikke noe selger trenger å opplyse om. Det samme må gjelde hvis selger vet at annen forretning fører lignede produkter til lavere pris.

Andre ting som nevnes i forarbeidene²⁷ vil heller ikke nødvendigvis rammes av opplysningsplikten. Her nevnes generelle rettsregler, tolkning av kontraktsklausuler ol. Lovgiver utelukker likevel ikke at utelatelse av slike opplysninger vil kunne medføre ansvar, eks. Rt 1953 s. 449 (ovenfor), hvor pga. selgers sakkyndighet burde informert kjøper om forskriften. Forskriften regulerte i denne tvisten forhold ved maskinen som dommen kalte en teknisk spesialitet ved motoren som kjøper ikke kunne ventes å bli klar over ved undersøkelse. Selskapet kunne ikke regne med at han hadde noen særlig sakkyndighet på området.

Rettesnoren for hva som er en kjensgjerning og hva som er flytende vurdering må man vurdere ut ifra hva som er redelig å opplyse om, jf. redelighetsstandarden. Denne vurderingen må foretas sammen med vilkåret ”kunne regne med å få”. Derfor vil jeg i neste punkt gjøre nærmere rede for hva som antas å være en kjensgjerning og hva som er en mer flytende vurdering. Hovedproblemstillingen blir hvor skillet eventuelt skal trekkes. Dette må i tillegg holdes opp mot hva forbruker i det konkrete tilfellet kunne regne med å få av opplysninger. Hva forbruker kunne regne med setter således en grense for hva det må opplyses om.

3.2.4 Vilkår: ”grunn til å regne med å få”

Vilkår I regulerte hvilke type opplysninger som opplysningsplikten omfattet. Altså forhold ved tingen eller dens bruk. Forhold ved tingen må også bedømmes opp mot hva forbruker kunne regne med å bli opplyst om. Utgangspunktet for selger må være at forbrukers forventninger samsvarer med hva et vanlig bruksformål ved tingen normalt vil være. Dette harmonerer godt med prinsippet om at partene er ansvarlig for egne forventninger og forut-

²⁷ NOU 1993:27 s. 124

setninger. Selger kan ikke anta å vite forbrukers formål med tingen eller hans sakkyndighet ved kjøp av tingen. Han må derfor vurdere forbruker til å gjengs forutsetninger og forventninger. Forbrukers må på sin side hvis han har avvikende forventninger selv bære risikoen for om tingen samsvarer med hans forventning hvis han ikke har kommunisert dem utad. De forventninger forbruker i utgangspunktet vil være interessert i er de som avkrefter eller bekrefter hans egne forestillinger. Dette er da også kjernen i opplysningsplikten. Det vil derfor være negative opplysninger om tingen som det er mest relevant å opplyse om. Hensynet er at forbruker selv skal kunne ta stilling til opplysningens betydning og med det hvilken risiko den muligens medfører. Et annet hensyn er at relevante opplysninger ofte vil være en viktig del av beslutningsgrunnlaget til forbruker, jf. vilkår III: om at opplysningen må hatt innvirkning på kjøpet.

Kravet om at opplysningen må være noe forbruker kan regne med å få vil ytterligere kunne ekskludere hva selger må opplyse om. På den andre siden vil vilkår II og redelighetskravet føre til at forhold som ikke har like umiddelbar nærhet til tingen som konkrete forhold anses å være omfattet av plikten.

Ovenfor gjorde jeg et skille mellom historiske kjensgjerninger og flytende vurderinger. Dette utgangspunktet og videre drøftelse har basis i den alminnelige lære om opplysningsplikten. I den læren opereres det med et vesentlighetskrav som her er utelatt. Lovgiver antar at rettsstillingen likevel ikke blir altfor ulik da forholdet både må være noe forbruker regner med å bli informert om pluss at unnlåtelsen må antas å ha virket inn på kjøpet. I den alminnelige læren om opplysningsplikten innebærer vesentlighetskravet og redelighetskravet grunnlaget for regelen om at kjøper ikke har krav på å få mer informasjon enn den han måtte regne med å få²⁸. Derfor vil drøftelsen videre ta utgangspunkt i den alminnelige læren om opplysningsplikten.

²⁸ Hagstrøm (2005) s. 74

En historisk kjensgjerning vil for det første være forhold ved tingen; funksjon, levetid osv. Det sentrale er at opplysningen stammer fra noe konkret ved tingen. Det er forskjell på en pedalsykkel som kan nå en fart på 100 km/t, men hvor den er bygd for å klare 40-50 km/t. Det er sistnevnte som det kan være relevant å opplyse om. Førstnevnte vil avhenge av rytter, veiforhold, vindforhold, sitteposisjon, annen vekt på sykkelen med mer. Derfor vil det ikke bare være unødvendig å opplyse om førstnevnte, men det kan faktisk anses å være villedende jf. fkjl. § 16 (1) litra c.

Helt klare forhold om tingen kan ikke forbruker regne med å få meddelt. Slike opplysninger anses å være like tilgjengelige for begge parter. Eks. ved kjøp av sko trenger ikke selger å forklare bruken av sko. Hvis det derimot er snakk om eksempelvis spesialiserte løpesko kan det stille seg annerledes. Noen løpesko er designet med svært tynne såler og lite støtte for føtter og ankler. Forbruker vil kunne regne med at selger da opplyser om skaderisikoen ved bruk av slike sko.

Dette utgangspunktet kan modereres i lys av partenes stilling. Normalt deler man mellom svak og sterk part. Det vil ofte da være snakk om forbruker mot selger i næringsvirksomhet. Da vil utgangspunktet være at selger må finne seg i å måtte opplyse om de enkleste ting, eks. at man trenger abonnent for å bruke en mobiltelefon. Igjen kan det vises til Rt. 1953 s. 449, hvor selger som sakkyndig part ble holdt ansvarlig for ikke å ha opplyst om forskrift og den risiko som forelå ved at maskinen ikke ville bli godkjent.

Det kan muligens modereres hvor selger anses å være i næringsvirksomhet selv om grensen til hobbyvirksomhet er ganske nær og forbruker selv anses å nærme seg grensen for å handle med næringsformål. Her forutsettes forbruker å ha tilnærmet samme kunnskap og sakkyndighet som selger. Reelle hensyn tilsier at bare hvor forbruker de facto er den sterke part kan det anføres at han ikke kan forvente å få opplysninger han selv har oversikt og kunnskap om. Eks. hvor en pensjonert frimerkeforhandler fortsetter med kjøp og salg som hobby. Han vil da ofte kunne være den sterke part overfor en selger som avhender privatsamling på en slik måte at han fanges opp av selgerdefinisjonen i fkjl. § 1.

I denne sammenheng kan det også nevnes de tilfeller hvor forbruker har et helt annet formål med tingen enn hva vanlig er. Her kan han ikke regne med å få opplysninger som er relevante til hans forventninger, om han da ikke har gjort sin hensikt klar overfor selger.

Annerledes er det hvor forbruker gjør det helt klart at han bygger spesielt på selgers sakkyndighet. Se eksempelvis Rt. 1975 s. 478. Tvisten sto om hvem som var ansvarlige for at en snefanger ikke hadde god nok bæreevne. I saken hadde kjøper gjort det klart at han var helt avhengig av selgers vurderinger og stolte helt og fullt på dem. HR la til at det var selger som var den mest sakkyndige i forholdet og at det var han som hadde den spesielle ekspertisen innenfor feltet for snelastberegning. Dette ble avgjørende for skyldansvaret. Selger tapte.

Under hvilke omstendigheter kjøpet blir foretatt vil også spille inn på hvilke opplysninger forbruker kan regne med å få. Forarbeidene²⁹ nevner dørsalg, telefonsalg og andre fjernsalg ("plutselige") situasjoner. Slike kjøp er regulert av Angrerettloven. Her er det 14 dagers angrefrist. Videre har loven egne bestemmelser vedrørende opplysningsplikten til selger. De er mer spesifisert enn forbrukerloven, men opererer også med et "regnet med å få" vilkår. Bestemmelsene er meget omfattende og viser at i slike situasjoner er selgers opplysningsplikt strengere. I situasjoner hvor forbruker får en uventet forespørsel om å kjøpe en ting der og da, må forbruker også kunne regne med å få betydelige opplysninger om tingen. Det samme vil nok også gjelde hvor forbruker handler i spesialforretning. Da vil han trolig kunne regne med en viss ekspertise fra selger. På den andre siden kan nok ikke forbruker regne med opplysninger utover alminnelig kunnskap ved salg av blomster i matbutikken. Hva forbruker kan regne med å få av opplysninger kan også avhenge av hva slags type kjøp den konkrete sak omhandler.

Det er en viss forskjell mellom kjøp av nye og brukte ting. Ved brukte ting må forbruker være forberedt på at det kan være noen feil og skavanker ved tingen. Dette trenger således ikke selger å opplyse om. Hvilke feil/mangler det således skal opplyses om må bero på en redelighetsvurdering m.m. Partenes stilling, sakkyndighet, hvem som er nærmest til å vite om mangelen er alle momenter som vil spille inn. I nevnte dom Rt. 1966 s. 996 (kjøp av båt, hvor selger unnlot å opplyse om nylig reparert sprekk i skroget), tapte selger. Han var

²⁹ NOU 1993:27 s. 24

nærmest til å vite om mangelen og han unnlot å opplyse om forhold som kunne ha stor innvirkning på kjøpers kontraktsinngåelse.

Ved kjøp av nye ting må forbruker gå ut fra at den har egenskaper av vanlig kvalitet. Hvis det er avvik fra denne forutsetningen kan nok forbruker regne med å bli opplyst av selger om forholdet.

Opplysningsplikten er nok også skjerpet i tilfeller hvor tingen er et tilvirkningskjøp. Det forholdet karakteriseres av at partene burde ha god kommunikasjon og samarbeidsvilje mens arbeidet pågår. Her kan forbruker forvente at selger gir god veiledning og underretning. Annerledes vil det være ved standardkjøp som kjøp av mer dagligdagse ting. Ved slike alminnelige kjøp som matvarer, filmer, CD'er med mer, har forbruker den kunnskap om tingen han trenger. Han kan ikke regne med noen opplysninger om tingen utover hva han selv måtte spørre om. Hvis forbruker spør vil det anses å svare til vilkåret "regnet med å få" slik at selger må svare.

Hvor nærme opplysningen er til kjøpet er også et moment ved vurderingen av "regne med å få" – vilkåret. Kjensgjerning vil som regel ligge nærmere tingen og derfor må man i utgangspunktet regne med at de blir opplyst om. Vanskeligere er det når opplysningen ikke er så nærme tingen. Trenger eksempelvis selger å opplyse forbruker ved kjøp av ny tv at en helt ny modell snart vil komme på markedet? Den nye tv'en vil ikke bare ha nye funksjoner, men prisen på tv'en forbruker nå vurderer å kjøpe vil også senkes. Det er flere hensyn som her spiller inn. For det første har forbruker selv et visst ansvar for å sette seg inn i sine behov og hvilket produkt han ønsker å kjøpe. Det kan likevel argumenteres at nye modeller som ennå ikke er på markedet er vanskelig for forbruker å tilegne seg informasjon om. Det er alminnelig godtatt at selger ikke trenger å opplyse om at en ting kan kjøpes billigere et annet sted eller at han selv har prøvd å selge den for en billigere penge til andre. Dette taler for at forbruker ikke kan regne med å få opplyst at ny modell kan føre til prisreduksjon på den aktuelle tv'en. Videre må det antas å være en alminnelig kjensgjerning at nye modeller alltid vil komme og som oftest fører det til nedsettelse i pris av eldre modeller. Dette er en risiko enhver forbruker kjenner til. Samlet sett taler det for at forbruker ikke kan regne med at selger opplyser om ny modell som kan føre til prisnedsettelse av den aktuelle vare.

Dette utgangspunkt kan likevel vurderes annerledes. Dette kan illustreres ved salg av radio. I våre dager skal radionettsystemet gå fra FM – nett til såkalt DAB-system. Dette fører til at en del vanlige analoge radioer ikke vil fungere i nærmeste fremtid. Det er klart at forretninger må ha mulighet til å selge ut lagrene sine med vanlige analoge radioer, men pga. den omfattende virkningen innføringen av DAB vil medføre, kan det tale for at selger burde informere forbruker om DAB effekten og muligheten til å kjøpe radio med både FM og DAB funksjonalitet.

Jeg har allerede nevnt at lover og forskrifter i utgangspunktet vil anses å være like tilgjengelige for begge parter. Derfor kan ikke forbruker regne med noen særskilt opplysning av disse. Slikt må han sette seg inn i selv. Videre viste jeg at det kunne være unntak fra regelen når momenter som partsstillinger og sakkyndighet resulterer i at selger blir ansett å være nærmest til å kjenne til rettsreguleringen. Spørsmålet blir så hvor langt kan man trekke dette ansvaret. Hvis selger er ansvarlig for å opplyse forbruker om gjeldende rettsregulering, hva med rettsregulering som vedtas ved kjøpet? Slike forskrifter eller lover er ikke nødvendigvis et konkret forhold ved tingen siden det kan gå tid mellom når forbruker forhører seg med selger til den dagen han faktisk kjøper varen. Det må likevel vurderes slik at hvis rettsreguleringen kan begrense bruken av tingen, er dette noe selger burde opplyse om. Det foreligger en negativ risiko ved tingen som forbruker burde regne med å få opplyst. I denne sammenheng nevnes også fkjl. § 15 f som pålegger varen å være i samsvar med offentligrettslige krav som er gjeldende på tiden kjøpet inngås, hvis ikke annet er avtalt. Eks. Rt. 1980 s. 1586. I denne saken hadde kjøper inngått kontrakt med selger om kjøp av kran som skulle monteres på en lastebil som tilhørte kjøper. Kjøper avbestilte arbeidet etter en stund grunnet tregheten i arbeidets fremdrift. HR ga under dissens (3-2) kjøper rett til å heve da både tidsaspektet og omkostningene hadde blitt betydelig større. Videre la HR vekt på at ny forskrifter gjorde det tvilsomt om kranen kunne bli sertifisert. Retten la vekt på at selger ikke hadde opplyst om forskriftene og at det var selger som i utgangspunktet hadde risikoen for nye offentligrettslige regler om varens kvalitet mv. som var vedtatt før kontraktsslutning.

Det kan spørres om opplysningsplikten også burde omfatte forskrifter og lover som ennå ikke er vedtatt, men som kommer til å tre i kraft i nærmeste fremtid. Hverken lovens ordlyd, rettspraksis eller forarbeidene åpner spesifikt for en slik ordning. Hensynet bak opplysningsplikten i disse tilfellene er å spare forbruker for bomkjøp eller forringet bruk av tingen. Forbruker har krav på å få vite om slike risiki. Dette må tale for at forbruker burde kunne regne med å få opplysninger om fremtidige rettsreguleringer som selger vet om. Videre så var den nevnte dommen en tvist mellom 2 profesjonelle parter. Det kan da argumenteres for at selgers plikter burde rekke enda lengre i et forbrukerforhold. På den andre siden ville et slikt krav kunne være svært tyngende for selger. I fkl. § 16 (1) b, oppstilles det et burde kjenne til krav for selger. Det vil si at til og med de tilfellene hvor det er på det rene at selger ikke hadde kunnskap om forholdet, kan han bli ansvarlig hvis det var uaktsomt av ham å ikke kjenne til forholdet. Et slikt krav om kunnskap på selgersiden ville pålegge ham utbredt kursing av ansatte og bred juridisk kompetanse for å kunne få oversikt over alle fremtidige rettsendringer. I tillegg til dette kan det anføres at det blir lettere og lettere for forbruker å selv finne relevant rettslig informasjon rundt kjøpet før innkjøp. Alt i alt må lovtekst og de uheldige konsekvensene ordningen kunne få for næringslivets kostnader tale mot å pålegge selger å måtte informere om fremtidige rettslige reguleringer.

Hvor det knytter seg særlige privatrettslige rettigheter og forpliktelser av betydning til tingen må forbruker kunne regne med at det skal opplyses om før kjøpet. Det vil eksempelvis være enkeltvedtak, Rt. 1925 s. 208. I denne saken var det en verge som representerte selger. Vergen hadde unnlatt å gjøre kjøper av eiendommen klar over at det var tinglyst en servitutt som hindret den bruk av eiendommen som kjøper hadde kommunisert. Kjøper fikk hevet kjøpet.

Hensynet til at forbruker selv skal kunne ta stilling til forhold ved tingen eller dens bruk taler også for at man kan strekke opplysningsplikten noe lengre. I alminnelig lære om opplysningsplikt anses opplysninger som omhandler særlige risikomomenter vedrørende partenes stilling å være noe han kunne regne med å få. Det vil eks. være ved kausjonistavtaler. Hvis den økonomiske byrden er altfor stor og kausjonist selv ikke har blitt opplyst godt nok

vedørende risikoen, kan avtalen bli satt til side. Hvor gjeldende dette er i forbrukerkjøp er noe mer usikkert. Det er sjeldent kjøp av ting vil kunne medføre en så utsatt posisjon. Dette kan likevel være tilfelle ved kjøp av ting hvor butikken tilbyr avbetaling til meget høy rente, eller hvor mobiltelefon selges til veldig lav pris, men hvor abonnementet vil koste flere tusen kroner over en lengre periode. I slike tilfeller er ikke opplysningen knyttet direkte til tingen, men vil være en klar konsekvens ved inngåelse av kjøpet. Derfor vil slike opplysninger være forhold forbruker kan regne med å få opplysninger om. Mer aktuelt er det hvor tingen i seg selv er så teknisk/farlig/følsom at det forutsetter en viss kompetanse for bruk og vedlikehold, da er det rimelig at forbruker blir ”advart” på forhånd slik at han selv kan vurdere kjøpet. Eks. her kan være kjøp av en bestemt hunderase hvor det er nødvendig med mye disiplin og trening for at hunden ikke skal være farlig for sine omgivelser og ikke minst eieren selv.

Ved spørsmål om hvor nært opptil kjøpet opplysningen må være knyttet er det også spørsmål om plikten til å opplyse når det er betydelig usikkerhet om forholdet, men hvor forholdet samtidig kan være av stor betydning. Se her Rt. 1935 s. 669. Saken omhandlet kjøp av en leiegård. Selv om eiendommen ikke var angrepet av hussopp ved salget hadde det vært foretatt sopprengring kort tid før salget. Dette visste selgers representant, men unnlot å informere de nye eierne. HR fant at den betydning ekte hussopp kunne ha for kjøper var så vesentlige at selv om det var usikkerhet om soppen ville komme tilbake, burde representanten ha informert kjøper.

Det siste punktet jeg vil ta opp i denne posten er hvor kjensgjerningen er av en slik karakter at det er naturlig at forbruker selv vet om den, men hvor selger skjønner at forbruker ikke har fått det med seg. I utgangspunktet vil slike opplysninger være så klare at forbruker ikke kan regne med å få dem spesielt opplyst. I alminnelig obligasjonsrett heter det ”når tingen selv taler, kan selgeren tie” – Stang³⁰. Det gjelder likevel en begrensing. Særlig vil den gjø-

³⁰ Hagstrøm (2003) s. 147; Stang: innledning til formueretten s. 601

re seg gjeldende innenfor forbrukerforhold. Taushet er ikke redelig opptreden hvis det er klart at forbruker ”ikke evner å tyde tingens tale”³¹.

Eks. i matbutikk velger forbruker ut en vare, eks. kurv med druer. Siden forbruker selv velger ut kurven må eventuelle forringelser være forbruker like nær som selger å oppdage. Han kan da i utgangspunktet ikke forvente at selger skal gi forbruker veiledning i hvilken kurv han burde velge. Men hvis butikkansatt ved skanning av varen ser at deler av drueklassen er muggen, må det i henhold til redelighetskravet kunne forventes at forbruker blir opplyst om forholdet.

I denne sammenheng nevnes det at forarbeidene³² gjør det klart at i forretninger hvor det ikke umiddelbart er naturlig at selger og kunde samhandler før kjøpet er inngått er opplysningsplikten like gjeldende. I slike situasjoner må selger gi opplysninger som forbruker ikke kan regne med å få på andre måter, eks. brosjyrer, plakater, informasjonsvideo, påskrift på selve tingen med mer.

I den alminnelige læren om opplysningsplikten til selger vil plikten lempes i forhold til den undersøkelsesplikt kjøper/motpart anses å ha. I forbrukerforhold har lovgiver tatt klar avstand fra at en slik plikt skal gjelde for forbruker. Dette er viktig å huske når man vurderer hva forbruker burde kunne oppdage selv ved kjøpet. Utgangspunktet er at det ikke påligger forbruker å undersøke varen for eventuelle mangler før kjøpet. Dette fritar likevel ikke forbruker fra å overse forhold ved tingen. På den andre siden gjelder det ikke et vesentlighetskrav i forbrukerforhold, det tilsier at selger likevel burde opplyse om ganske selvsagte forhold. Det må likevel gjøres noen presiseringer. En ting er å opplyse om et forhold ved tingen og dermed gi forbruker mulighet til å vurdere hvilken risiko han ønsker å ta ved kjøpet. Det er en annen ting å pålegge selger ansvaret for den avgjørelsen forbruker tar ved kjøpet når risikoelementet er fremlagt på forståelig måte. Eks. ved kjøp av datamaskin kan selger anbefale forbruker å kjøpe et anti-virusprogram siden det er en kjensgjerning at datamaskiner lett kan bli infisert. Dette faller inn under forhold ved tingens bruk og kan sees som et

³¹ Hagstrøm (2003) s. 147

³² NOU 1993:27 s. 124

vedlikeholdstiltak. Det er likevel ikke selgers ansvar at forbruker kjøper et slikt program. Forbruker må selv vurdere om han er villig til å ta den risiko. Dette var også Høyesteretts oppfatning i Rt. 1925 s. 717. Saken omhandlet kjøp av en ring. Kjøper ønsket å heve kjøpet da det i ettertid måtte antas at ringen var uekte. HR ga ikke medhold da kjøper før betaling hadde fått beskjed at ringen etter undersøkelse trolig var uekte. Motpart hadde også da undersøkelsen var gjort redusert vederlagskravet. HR så det da slik at ringen for begge parter vedkommende var et spekulasjonsobjekt hvor det forelå klar risiko for at ringen ikke var ekte. Denne valgte således kjøper likevel å ta. Det må han da selv være ansvarlig for.

De forskjellige forholdene og momentene jeg nå har redegjort for vil alle inngå i en helhetsvurdering når det skal vurderes om vilkåret er oppfylt. Gjennomgående så må man ta hensyn til forbrukervern, redelighetskravet og generell lojal opptreden ved den konkrete vurderingen av om forbruker kunne regne med å bli informert om det enkelte forhold.

3.2.5 Vilkår: "Innvirkningskravet"

Dette er det siste objektive vilkåret ved vurderingen om forholdet ved tingen eller dens bruk inngår i opplysningsplikten selger har overfor forbruker. Hvis opplysningen angår noe ved tingen og forbruker kan regne med å bli informert om forholdet, er siste objektive vilkår at forholdet "kan antas å ha virket inn på kjøpet" – innvirkningskravet eller i den alminnelige lære om lojalitetsplikten også kjent som kausalitetskravet. Kravet til at opplysningen skal ha virket inn på kjøpet må forklares nærmere. "Virket inn" er et ganske åpent krav da man kan anta at enhver påvirkning er relevant. Dette kan likevel ikke være riktig tolkning. Hensynet bak regelen er at opplysninger som har blitt utelatt er av en slik karakter at de har betydning for forbrukers egenvurdering av tingen og utgjør en viktig del av forbrukers beslutningsgrunnlag. Det er av den grunn stor nærhet mellom de opplysninger forbruker kunne regne med å få og spørsmålet om opplysningen har virket inn på kjøpet. Det tilsier at ikke enhver påvirkning opplysningen kunne ha hatt er relevant. I lovforarbeider, rettspraksis og teorien er det lagt til grunn at innvirkningskravet i lovteksten må tolkes å ha denne mening, også kalt forutsetningsalternativet jf. Rt. 2003 s. 612 (se nedenfor):

- *der opplysningen har betydning for selve kjøpsinngåelsen. Det stilles altså spørsmål om forbruker i det hele tatt hadde gjennomført kjøpet hadde han blitt opplyst om forholdet*
- *hvor unnlatelsen av å opplyse forbruker har medført godtagelse av vilkår/betingelser som forbruker hvis opplyst ikke hadde gått med på*

Både i forarbeidene til avhendingslova³³ og bustadoppføringslova³⁴ fremmes en slik forståelse vedrørende samme type bestemmelser som inneholder et innvirkningskrav av samme type som det i forbrukerkjøpsloven. I rettspraksis kom dette til uttrykk i Rt. 2003 s. 612. Saken gjaldt kjøp av leilighet. Det viste seg etter kjøpet at leiligheten var mye mindre enn hva selger hadde opplyst. Kjøper krevde da prisavslag. HR var enige i at det forelå en mangel. Spørsmålet var så om mangelen hadde virket inn på avtalen. HR kom til at mangelen var så vesentlig at det måtte antas at den hadde virket inn på avtalen. Førstvoterende la frem tre tolkningsalternativer vedørende ordlyden ”har verka inn på avtala” jf. avhl. § 3-8 (1). ”Opplysninger som kunne ha et viktig element i beslutningsgrunnlaget, men hvor det ikke var noe krav til konkret årsakssammenheng”³⁵ ble forkastet. Førstvoterende mente hva han kalte ”forutsetningsalternativene” var riktig tolkning av ordlyden. Forutsetningsalternativet er den tolkningsforståelsen jeg la til grunn ovenfor i kursiv. Slik tolkning mente HR harmonerte best med øvrige forarbeider til lignende bestemmelser i andre lover.

Spørsmålet blir så hvilke beviskrav som kan stilles når det skal avgjøres om unnlatelsen har virket inn på kjøpet. Beviskravet kan utledes fra ordlyden ”kan antas”. Den ordlyden tilsier at bevisvurderingen ikke er særlig streng. ”Antas” og ”regne med” angir en objektiv vurdering hvor man må ta utgangspunkt i hva som i ordinære situasjoner ville virket inn på ”kjøpet”, at beviskravet ikke er strengt støttes opp av rettspraksis, Rt. 2005 s. 257. I denne tvis-

³³ Ot.prp. nr. 66 s. 91

³⁴ Ot.prp. nr. 21 s. 63

³⁵ Rt. 2003 s. 612 premiss 40-42

ten var det spørsmål om heving av kjøpt hårfjerningsapparat. Apparatet hadde blitt markedsført på en slik måte at kjøper, Institutt for Medisinsk Pleie AS, trodde apparatet ville virke effektivt på alle hårfarger. Denne funksjonen var i realiteten en fysisk umulighet og HR kom til at markedsføringen hadde vært villendene. Videre mente HR at kravet i kjl. § 18 (1) (uriktige opplysninger) om at opplysningssvikten ”kan antas å ha innvirket på kjøpet” ikke kunne medføre et særlig strengt beviskrav. HR kom dermed til at heving var berettiget og at instituttet hadde krav på erstatning.

Vurderingen om opplysningen hadde innvirket på kjøpet blir ganske lik den ovenfor da opplysninger forbruker regner med å få har sin bakgrunn i at det antas at opplysningen vil påvirke beslutningsgrunnlaget og beslutningen forbruker foretar med andre ord selve kjøpet jf. lovtekst.

Spørsmålet er således hvorvidt forbruker hadde innlatt seg på kjøpet hvis de aktuelle opplysningene hadde blitt gitt. I denne formuleringen gjelder som nevnt ovenfor både selve kjøpet som helhet og enkeltstående vilkår. Hadde forbruker pga. opplysningene trolig gjort kjøpet men da på andre vilkår, vil det også oppfylle vilkår om ”innvirkning”. Spesielt sentralt da vil være om prisen hadde vært den samme.

Utenfor ordlyden faller de tilfellene hvor kjøpet ville kommet i stand på samme vilkår, men hvor opplysningen bare har vært med på å påvirke forbruker.

Nå skal jeg se på hvordan bevisbyrden antas å være når det skal bevises at opplysningen ville ha virket inn på kjøpet. Utgangspunktet er den ulovfestede bevisbyrderregel: det faktum som er mest sannsynlig må legges til grunn. Dette kan dermed slå ut i begge retninger. Hvis det faktum forbruker anfører er mest sannsynlig, er det selger som må føre bevis for det motsatte. Det samme prinsippet gjelder hvor det er selger som anfører det mest sannsynlige faktum. Forfatter Tverberg anfører i sin bok at det likevel må være selger som har bevisbyrden i utgangspunktet³⁶. Dette stemmer bra i forhold til vilkårene om at unnlatelsen

³⁶ Tverberg, (2008) s. 251

har virket inn på kjøpet. Det antas at opplysningen ville ha angitt negative sider ved tingens egenskaper noe som kanskje hadde endret kjøpets betingelser eller til og med dets eksistens. Det er da urimelig at forbruker skal ha bevisbyrden for at han ble solgt en vare som ikke holdt alminnelig god standard når annet ikke er avtalt. Muligheten og kunnskapen om mangelen ligger selger nærmest. Han burde ha bevisbyrden for å dokumentere at han har opplyst forbruker om avviket. Tverberg støtter seg på RG 1995 s. 1081. Saken gjaldt kjøp av bruktbil. Bilen ble solgt med oppgitt kilometerstand til 189.500, men hvor den i virkeligheten hadde kjørt over 100 000 mer enn oppgitt. Eier av bilen mente han hadde opplyst om dette. Tvisten ble avgjort ved kjøpsloven. Retten kom til at selger burde ha bevisbyrden. Bakgrunnen var at det ikke forelå noe klart ”grunnlag for å utpeke et bevisresultat som det overveiende sannsynlige”. Da fant retten at resultatet måtte bygge på bevisbyrdebetraktninger. Selgers posisjon som eier ble da tillagt betydelig vekt. Også det faktum at han hadde kunnskap om avvik ved bilen som kjøper selv vanskelig kunne vite om, måtte resultere i at han måtte ta ansvaret for å sikre seg bevis for at han hadde opplyst kjøper om avviket og at det forholdet var forutsatt i avtalen.

Forarbeidende støtter også en slik synsvinkel³⁷. Forarbeidene anfører at hvis selger er nærmest til å kunne avklare om mangel forelå før eller etter risikoens overgang, men at han unnlater å fremføre slike bevis kan avgjørelse treffes til skade for ham.

I forarbeidene til bustadoppføringslova heter det at et moment i vurderingen om den uriktige opplysningen som er gitt har satt spor i kontrakten. Her antar man at hvis opplysningen som er uriktig har hatt innvirkning på avtalen vil det vise seg i kontrakten. Hvis ikke kan man anta at kontrakten hadde blitt inngått på samme vilkår med eller uten den uriktige opplysningen. Samme tankegang burde kunne overføres til forbrukerretten. Det er rimelig å anta at hvis forbruker har fått opplysninger om negative forhold ved tingen ville det kunne synes i avtalen. Hvor eks. bruktbilselger anfører at han opplyste forbruker om at bilen hadde hatt en del reparasjoner, det er da rimelig å anta at forbruker ikke da hadde vært villig til å betale samme pris som for en bil uten den forhistorien.

³⁷ Ot.prp. nr 44 (2002-2002) s. 135-137

Alt i alt må man huske at det må foretas en helhetsvurdering som må vurderes konkret i hver sak.

3.2.6 Vilkår: Skyldkravet

Dette er det siste vilkåret for å stadfeste om selger har brutt opplysningsplikten. Det er bare hvis alle de objektive kravene er oppfylt at man går over til å vurdere selgers subjektive skyldkrav. Like som i den alminnelige læren om opplysningsplikten er utgangspunktet at selger ikke kan bli holdt ansvarlig for noe han ikke visste. Denne normen uttrykkes ved å frita en selger som var i "aktsom god tro". Det betyr for det første at han ikke visste om forholdet. For det andre betyr det at grunnen til at han ikke visste ikke var uaktsomhet. Han har gjort alt som rimelig kan forventes av ham slik at han kjenner salgstingen. Eks. salg av hund. Si at hunden har vært gjennom en standardisert helsesjekk hvor blant annet helserelaterte sykdommer som rasen er predisponert for er gjennomført uten at avvik blir funnet. Hvis det ikke foreligger andre grunner til å tro noe annet enn at hunden er frisk, kan man si at selger er i aktsom god tro ved salg av hunden. Dette gjelder selv om det viser seg at hunden etter kjøpet pga. en sjelden genetisk mutasjon har utviklet en alvorlig sykdom.

Fritagelsen av selger i aktsom god tro kommer til uttrykk i lovteksten "burde kjenne til". Hvis han burde kjenne til noe, innebærer det at han ikke har opptrådt aktsomt. Spørsmålet blir da hva betyr "burde" og under hvilke forhold "burde" han kjent til forholdet ved ting- en. For det første innfortolkes tilfeller hvor selger visste om forholdet og ikke videre kommuniserte opplysningen. Det har ingen betydning om selger unngår å opplyse forbruker med overlegg eller bare ikke skjønner at opplysningen burde ha blitt kommunisert til forbruker. Se eks. Rt. 1988 s. 766. Kjæremålet omhandlet en kvinne som søkte på et fire måneders vikariat. Hun ble tilbudt stillingen, men tilkjennega bare en måned etter aksept av tilbudet at hun ville søke permisjon på grunn av graviditet. Arbeidsgiver ønsket da å bryte avtalen med grunnlag i bristende forutsetninger da søker ikke hadde opplyst om sin intensjon i søknaden. Kjæremålsutvalget ga arbeidsgiver medhold.

Også tilfeller der selger ”måtte kjenne til” forhold ved tingen, dekkes av kravet ”burde kjenne”. ”Måtte kjenne til” formuleringen er anvendt både i kjøpsloven, bustadsoppføringslova og avhendingslova. Forbrukerkjøpslovens formulering er klart strengere enn det vanlige skyldkravet ”måtte kjenne til”. Denne forskjellen er gjort med hensikt fra lovgivers side jf. lovforarbeidene til forbrukerkjøpsloven³⁸. I rettspraksis betyr ”måtte kjenne til” at selger ikke har hatt noen rimelig unnskyldning til å være uvitende om forholdet. Det vil si at selger må ha opptrådt grovt uaktsomt hvis han skal pålegges ansvar for noe han faktisk ikke hadde kunnskap om. Siden ”burde kjenne til” er strengere svarer ordlyden til simpel uaktsomhet. Det er altså nok at selger har opptrådt uaktsomt når han ikke har fått med seg forhold ved tingen han skulle ha opplyst om.

”Burde kjenne til” grenser derfor mot situasjoner hvor selger har opptrådt grovt uaktsomt og hvor selger har vært i aktsom god tro. Grensen til grov uaktsomhet og uaktsomhet er ikke skarp eller viktig å skille mellom siden begge omfattes av ”burde kjenne til”.

For å vurdere om selgeren har opptrådt uaktsomt må man ta utgangspunkt i formålet med formuleringen fra lovgiver sin side og hva som i ordinær forstand legges i begrepet ”uaktsom”. I forarbeidene ønsker man å hindre at selger med vilje forholder seg uvitende om forhold ved tingen. Hvis kravet var ”måtte kjenne til”, kunne selger forholde seg mer passiv. Med forbrukerlovens formulering må selger innta en mer aktiv rolle i henhold til egen salgsting. I vanlig kjøpsrett blir opplysningsplikten til selger veid opp mot undersøkelsesplikten til kjøper. Det er denne balansen ”måtte kjenne til” som må sees i sammenheng med når man skal forstå ”burde kjenne til” kravet. I forbrukerkjøpsloven er det ikke noen undersøkelsesplikt for forbruker. Derfor må selger i enda større grad kjenne varen han selger. Dette er viktig for å gjennomføre hovedformålet med loven; forbrukervernet. Forbrukervernhensynet tar utgangspunkt i å verne om den svake part. Den svake part har ikke samme

³⁸ Ot.prp. nr 44 (2001-2002) s. 133

NOU 1993:27 s. 59

forutsetninger som den sterke (selger) når det gjelder innsikt ved kjøp. Han har heller ikke samme forutsetninger for å vurdere forhold ved tingen som kan ha betydning for ham selv. Forbruker har heller ikke samme tilgang til varen for å gjøre de nødvendige vurderinger.

Disse momentene fører derfor til et skjerpet aktsomhetskrav for selger. Momentene vil således påvirke uaktsomhetsvurderingen av selger. Dette tilsier pga. forbrukervernhensynet en meget streng vurdering av selgers opptreden. Dette kan likevel modereres jf. forarbeidene. Her gjøres det klart at selgers uaktsomhet i seg selv er ikke grunnlag for mangel. Uaktsomhetsvurderingen må sees i sammenheng med de objektive vilkårene, altså at opplysningen selger ikke vet om både er en opplysning som forbruker kunne regne med å få og at opplysningen er av en slik karakter at den antas å kunne virket inn på kjøpet. Dette må avgrense selgers uaktsomhetsvurdering til de opplysninger som gjelder sentrale forhold ved tingen. Selger må ikke vite alt om tingen, men han må kjenne sitt produkt godt nok til å gi forbruker de opplysninger han kan regne med å få. Hva han burde vite om tingen vil være en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering.

Det må vurderes hvor nærme selger er til å kunne vite om forholdet. I utgangspunktet vil han være nærme nok til å oppdage de forholdene kjennskapskravet forutsetter at han kjenner. En profesjonell bilselger vil normalt sett ha bilen i sin besittelse slik at han enkelt kan undersøke bilen for avvik.

Ut ifra alminnelig praksis kan også selgers manglende kunnskap vurderes ut ifra hva som er vanlig å vite om tingen.

Hvor vanskelig eller lett det er å tilegne seg kunnskap om forholdet vil også spille inn i vurderingen. Ved vurderingen av hvor lett tilgjengelig det er for selger å avdekke forholdet, vil alminnelig praksis også her ha betydning, for eksempel hva er standard prosedyre for å tilegne seg kunnskap om tingen. Spørsmålet blir så om selger har gjort nok for å innhente kunnskap i forhold til vanlig praksis. Her må man ta hensyn til eventuelle økonomiske kostnader for selger for å avdekke forholdet og om undersøkelsens nødvendige omfang. Eks. ved kjøp av komfyr må forbruker kunne forvente at ovnen kan holde varme på minst 200 grader celsius og hvis det ikke er tilfellet må selger opplyser om dette. Det kan likevel

ikke forventes at selger prøver hver komfyr han skal selge for å forsikre seg om at den innehar alle alminnelige egenskaper. Men hvis komfyren ved levering tydelig bærer preg av å ha fått røff behandling ved transport er det rimelig at selger gjør noen nærmere undersøkelser for å forsikre seg om at komfyren er på linje med alminnelig god standard.

Det er spesielt situasjoner hvor det er usikkerhet om det foreligger et forhold ved tingen, men hvor et slikt forhold kan ha så stor betydning at selgers valg om å undersøke nærmere eller ikke vil være gjenstand for uaktsomhetsvurdering.

3.2.7 Hvem omfattes av selgers opplysningsplikt

Hvem som omfattes av opplysningsplikten vil først og fremst være selgeren personlig jf. lovteksten. Men det er sikker tolkning at begrepet må tolkes utvidende. I forarbeidene til fkl. § 16 (1) litra c forutsettes det at begrepet også omfatter ansatte og andre lovlig stedfortredere så sant de har fullmakt til opptre som stedfortredere³⁹. Denne tolkningen gjelder i utgangspunktet litra c som også regulerer opplysningssvikt hos selger, som i tillegg må være gjeldende for opplysningsplikten. Dette støttes videre av rettspraksis. Dette innebærer at selger hefter for andre enn seg selv. Eks. hvis selger burde kjenne til forhold som ellers også er omfattet av de objektive vilkårene, men ansatte ikke kan anses å burde kjenne til forholdet, er opplysningsplikten likevel brutt om forbruker ikke får vite om forholdet. Det er omvendt hvor selgers representant burde være kjent med et forhold som ikke videreføres til forbruker og hvor selger personlig ikke burde kjenne til forholdet, er opplysningsplikten likevel brutt på grunn av identifikasjonsregelen. Dette kan virke strengt men er forutsatt i rettspraksis, se Rt. 2001 s. 369. Avgjørelsen ble avsagt med 4-1 dissens. Saken omhandlet opplysningspliktbestemmelsen i avhendingslova hvor begrepet ”selger” tolkes på samme måte som i forbrukerkjøp jf. forarbeidene til avhendingslova⁴⁰. I denne saken var det krav om prisavslag fra kjøper pga. mangler ved eiendommen. Mangelen var at eien-

³⁹ NOU 1993:27 s. 125

⁴⁰ Ot. prp. Nr. 66 (1990-1991) s. 89

dommen var i vesentlig dårligere tilstand enn hva kjøper hadde grunn til å regne med på tross av ”as is” kjøp. Den avvikende tilstand eiendommen hadde, ble ikke reflektert i tilstandsrapporten som var forelagt kjøper før salget. Selger hadde gitt en takstmann i oppdrag å utarbeide tilstandsrapporten. HR la til grunn at takstmannen måtte være kjent med eiendommens reelle tilstand, men at det var opplysninger han ikke tok med i rapporten. HR la også til grunn at selger ikke kunne vite om mangelen da han selv aldri hadde bodd på eiendommen. Tvisten gjaldt om selger måtte bære risikoen for manglende opplysninger i tilstandsrapporten som var utarbeidet av takstmannen. Må selger svare for forhold han selv ikke kjenner, men som hjelper (takstmannen) måtte kjenne? HR uttaler først at ordlyden ikke løser rettsspørsmålet. Gjennomgåelse av forarbeidene til bestemmelsen og lignede bestemmelser ledet HR til å stadfeste at begrepet ”selger” ikke bare skal gjelde ham personlig. Vedrørende *gitte* opplysninger må selger bære risikoen for alle som har fullmakt til å gi den aktuelle opplysning, men det kan ikke kraves at hjelper har fullmakt til å slutte avtalen. HR poengterer likevel at forarbeidene ikke nevner bruk av teknisk sakkyndige ved slik identifikasjon. HR finner likevel at teknisk sakkyndig kan innfortolkes på grunn av den nærhet sakkyndig har til selgerrollen i de situasjoner hvor han avgir særskilt materiale til kjøper på vegne av selger. Spørsmålet var så om identifikasjonsregelen også gjaldt hvor mangelen var at opplysningen ikke var gitt. HR la da vekt på forholdet til avhl. § 3-8 som omhandler uriktige opplysninger. Siden bestemmelsen talte for utvidet tolkning ville det være urimelig om ikke samme regel skulle gjelde ved mislighold av opplysningsplikten. I tillegg argumenterte HR for at en slik løsning må være mest rimelig i forhold til undersøkelsesplikten til kjøper. Ved utføring av undersøkelsesplikten har kjøper mulighet til å bruke sakkyndig. Kjøper bærer da risikoen for hva sakkyndig måtte kjenne til ved undersøkelsen. I slike tilfeller er det ingen rimelig grunn til at selger ikke skal behandles likedan ved bruk av hjelpere mente HR. Andre reelle hensyn talte også for slik identifikasjonsregel. Særlig viktig var den tilliten partene må kunne ha til slike rapporter. Formålet med slike rapporter er å unngå overraskelser ved kjøp og salg. Anken ble med det forkastet og kjøper fikk medhold i kravet sitt.

3.2.8 Forholdet mellom § 16 litra b & c

I praksis er ofte opplysningssvikt en blanding av at selger har gitt uriktige opplysninger og at andre opplysninger ikke har blitt fremført. Om man skal bedømme forholdet som det ene eller det andre er jf. forarbeidende⁴¹, et skjønnsspørsmål. Beslutningen har betydning for hvor strengt selgers opplysningssvikt skal vurderes. Ved uriktige opplysninger er ansvaret til selgeren strengere enn ved opplysningsplikten. Litra c gir ingen adgang for selger å unnskyldes seg med aktsom god tro.

3.3 Unntak fra selgers opplysningsplikt

3.3.1 Forbrukers eget formål

Det første unntak er ikke nedskrevet, men er en logisk konsekvens av de objektive vilkårene. Forutsetningen for fkjl. § 16 (1) litra b er at forbruker skal opplyses om forhold han kunne regnet med å få. Hvis da forbruker har et avvikende formål med tingen, kan han ikke regne med at selger skal opplyse om forhold som kunne være av betydning for det bestemte formålet. Dette gjelder likevel ikke hvis selger vet om forbrukers spesielle formål, f.eks. hvor forbruker kjøper en datamaskin med det formål å ta den fra hverandre. Vet selger om dette kan det være han burde opplyse om at slik anvendelse kan være brudd på garantiavtalen.

En annen sak er at hvis forbruker har et spesielt formål, vil trolig ikke selgers opplysninger ha virket inn på kjøpet jf. innvirkningsvilkåret.

Hvis et av de objektive vilkårene ikke er oppfylt, er konsekvensen at man heller ikke kan si at selgers opplysningsplikt er brutt.

3.3.2 Forbrukers kunnskap om tingens mangel

Det andre unntaket er lovfestet i fkjl. § 16 (3) ledd. Forbruker ”kan ikke gjøre gjeldene noe som mangel som han måtte kjenne til før kjøpet” heter det i lovteksten. Bestemmelsen er

⁴¹ NOU 1993:27 s. 124

ment å være en videreføring av kjl. § 20 jf. forarbeidene⁴². Lovgiver har likevel valgt ikke å videreføre andre og tredje ledd. Den delen av bestemmelsen omhandler kjøpers undersøkelsesplikt. Denne plikten har lovgiver dermed valgt bort. Dette harmonerer godt med forbrukerdirektivet art. 2 nr. 3. Artikkelen har lignende formulering som tredje ledd i forbrukerloven vedrørende hva forbruker vet på forhånd, og pålegger ingen forundersøkelsesplikt for forbruker.

Videre i fremstillingen må man først vurdere hva slags type forhold som bestemmelsen gjelder. Så må man vurdere skyldkravet til forbruker.

Utgangspunktet for å finne ut hva slags forhold forbruker har kjent til må søkes i avtalen mellom partene. Der kan forbruker eksempelvis godta avvik i henhold til tingens egenskaper i bytte for mer gunstig pris. Det er full avtalefrihet for forbruker å avtale at tingen kan ha avvikende egenskaper jf. fkjl. § 15 (1). Hvor slik avtale ikke foreligger eller hvor avtalen ikke kan sies å gi uttrykk for en slik forståelse, må man ta utgangspunkt i forbrukers forventninger til tingen, tingens art og omstendighetene rundt. Det vil eksempelvis virke usannsynlig hvis forbruker har prøvekjørt bruktbilen han tenker å kjøpe at han ikke ville merket om bremseegenskapene på bilen var dårlige. På den andre siden ville forholdet være umulig å vite om hvis bilen ble kjøpt uten å være prøvekjørt.

Det er bare forhold ved tingen som bestemmelsen omfatter. Det vil si at forholdet må være konkret og ha direkte sammenheng med hva forbruker påberoper som mangel i ettertid. Eks. hvor forbruker kjøper en avis med eget sportsbilag. Ser forbruker at avisen han har tenkt å kjøpe ikke har det aktuelle bilaget, men likevel kjøper avisen til full pris kan han ikke i ettertid komme tilbake å anføre mangel.

Det foreligger ikke sammenheng hvis forholdet forbruker vet om, ikke er det forholdet som i ettertid utgjør mangelen. Eks. hvor forbruker kjøper en treseters sofa. Hvis forbruker god-

⁴² Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 126

tar at den leveres i annen farge enn hva som i utgangspunktet er avtalt vil ikke det avskjære forbrukers mangelskrav hvis det leveres en toseters sofa i stedet for en treseters.

Hvis det foreligger usikkerhet om tingen som kan ha den konsekvens at det blir en mangel, er det spørsmål om det rammes av bestemmelsen. Ordlyden taler for at forhold som utgjør en mangel må foreligge ved kjøpet, altså forholdet må allerede eksistere. Det må da antas at hvis forbruker vet at det foreligger usikkerhet om det foreligger et forhold som kan utgjøre en mangel, ikke vil omfattes av unntaksbestemmelsen.

Hvis forbruker vet om forholdet, anfører forarbeidene⁴³ at forbruker også må ha forstått hvilken betydning forholdet kan utgjøre. Eks. si at forbruker kjøper en GPS maskin fra bruktforhandler. Selger opplyser om at GPS maskinen bare selges med lader og ikke pc – tilkoblingsledning, noe som vanlig er. Selger unnlater samtidig å forklare at ledningen er nødvendig for å oppdatere GPS som igjen er nødvendig for at GPS skal fungere korrekt. Hvis forbruker godtar at ledningen ikke medfølger, men ikke forstår konsekvensen, er gjeldende rett etter forarbeidene at forbruker ikke kan sies å ha kjent til forholdet som mangelen utgjorde. Det forutsettes likevel i forarbeidene at selger må ha vært den sakkyndige part. Denne forutsetningen er kritisert i litteraturen jf. Tverberg⁴⁴. Forfatter mener man heller må ta utgangspunkt i den forutsetning som er gitt i forarbeidene til kjøpsloven. Der vurderer man om kjøper er sakkyndig eller ikke, ikke om selger er sakkyndig. I tillegg presumeres det at kjøper vanligvis ikke vil ha den nødvendige sakkyndighet.

Kjøpslovens løsning er mer balansert og tar i større grad hensyn til de reelle forhold som foreligger. I forbrukerkjøpsloven spiller det ingen rolle hvilke forutsetninger forbruker har til å se betydningen, det er bare avhengig av om selger kan anses å være sakkyndig. Denne regelen kan derfor være vanskelig for forbruker å forholde seg til da selger kan framstå som sakkyndig uten å egentlig være det. Videre vil forbruker ofte ha en forestilling om at selger

⁴³ NOU 1993:27 s. 125

⁴⁴ Tverberg, (2008) s. 277.

er sakkyndig uten å gjøre nærmere undersøkelser. Det oppfattes da mer rettferdig om det er forbrukers egne forutsetninger som avgjør om han kan påberope forholdet som mangel. Hvis forbruker er sakkyndig taler det for at han burde forstått den mangelen forholdet kunne utgjøre. Hvilke løsninger man lander på burde også sees i forhold til ”måtte kjenne til” kravet videre i bestemmelsen. Hvis man skal innfortolke krav om forståelse fra forbruker virker det usammenhengende å behandle forbruker med og den uten sakkyndighet likt i henhold til ”måtte kjenne til” kravet basert utelukkende på om selger er sakkyndig. Det betyr at vurderingen blir strengere for ukyndig forbruker når han handler med en ikke sakkyndig selger enn hva vurderingen ville vært for forbruker med sakkyndighet. Reelle hensyn taler derfor for kjøpslovens tolkningsløsning: man tar utgangspunkt i at kjøper ofte ikke innehar nødvendig sakkyndighet for å vurdere forholdets betydning, men hvor han innehar slik kompetanse må det være avgjørende for om han forstår forholdets betydning.

Hvordan forbruker har fått kunnskap om forholdet har ingen betydning. Det kan være direkte fra selger, noe han selv innhenter/observerer eller forholdet andre har informert ham om. Vanlige identifikasjonsregler gjelder også her når forbruker innhenter sakkyndig eller bruker andre hjelpere.

Videre må kunnskapen om forholdet foreligge ved kjøpet. Blir forbruker oppmerksom på forholdet etter kjøpet men før levering, har det ingen betydning.

3.3.2.1 Skyldkravet

Skyldkravet er at forbruker ”kjente eller måtte kjenne til” forholdet. Førstnevnte alternativ innebærer at forbruker hadde positiv kunnskap om forholdet som er en mangel. Det er sistnevnte alternativ som i den siste tiden har skapt forvirring vedrørende hva man skal legge i uttrykket ”måtte kjenne til”. Bakteppet for dette er nyere rettspraksis som har anført at kravet må bli forstått som et normativt begrep og ikke som et beviskrav slik det tradisjonelt har blitt forstått. I henhold til ordlyden er det ikke klart om det er et normativ begrep eller

et beviskrav. Forarbeidene⁴⁵ til forbrukerkjøpsloven gjør det klart at ordlyden må forstås som en bevisregel. Det vil si at hvor situasjonen er slik at det høyst trolig er sånn at forbruker visste om mangelen, men det er vanskelig å bevise kan man legge til grunn at forbruker måtte kjenne til forholdet. Forarbeidene legger til grunn uttalelsen fra Høyesterett i Rt. 1978 s. 321 hvor det heter: etter vanlig språkbruk ligger det i ”måtte forstå” at man har for seg en situasjon som utfra en normal bedømmelse gjør en mulig uvitenhet uforståelig (s. 325).

Dommen omhandlet erstatningskrav etter bilansvarsloven. I saken hadde A latt B kjøre henne hjem selv om B hadde drukket store mengder. Spørsmålet var da om A visste eller måtte vite at B hadde drukket noe som ville avgjøre om A hadde rett på erstatning. HR kom til at A måtte ha visst at B hadde drukket og at det ikke forelå særlige grunner for å tilkjenne erstatning likevel.

Forarbeidene gjør det også klart at man ikke kan innfortolke et ”burde kjenne til” krav. Det må mer til.

På grunn av senere tilkommen rettspraksis kan det spørres om rettsbildet er endret. Senere rettspraksis taler muligens for å forstå kravet ”måtte kjenne til” som et normativ begrep og ikke en bevisregel. Bakgrunnen er hovedsakelig dommene Rt. 2002 s. 696 og Rt. 2002 s. 1110. Jeg går ikke nærmere inn på selve dommene. Konsekvensen hvis man legger det normative begrepet til grunn er at man utvider kravet. Kravet er da at hvor forbruker har opptrådt grovt uaktsomt vil han bli tillagt kunnskap han muligens ikke har hatt. Spørsmålet er da om denne forståelsen burde innfortolkes i fkjl. § 16 (3). Forarbeidene taler helt klart mot en slik forståelse. På den andre siden åpner forbrukerdirektivet for en strengere praksis jf. art. 2 nr. 3 – ”could not reasonably be unaware of”. Når lovgiver likevel har tatt et bevisst valg om å lempe kravet, burde ikke forbrukerdirektivet som er et minimumsdirektiv overstyre det valget.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 248-249

Høyesterettspraksis må alltid tillegges stor vekt og i dette tilfellet var det anvendelse av avhendingslova og kjøpsloven. Men det kan innvendes at det er tatt såpass bevisste valg i forbrukerloven at man bør være varsomme med å overføre argument fra disse dommene. Slik tolkning kan skape disharmoni i regelverket. Det kan anføres at en slik tolkning vil kunne motvirke forbrukervernet. Ved å innføre et strengere krav for hva forbruker må ha skjønt før kjøpet, innfører man en undersøkelsesplikt "light". Dette har lovgiver klart gått bort fra og samme rettsbildet er å finne i Sverige og Finland. Videre må det tas hensyn til at forbrukerdirektivet trolig ikke tillater å pålegge forbruker en undersøkelsesplikt før kjøpet. Videre vil en strengere plikt av forbrukers aktsomhet kunne føre til lemping av selgers opplysningsplikt, dette er heller ikke lovgivers mening.

For det tredje vil en slik normativ forståelse kunne føre til at forståelseskravet i samme bestemmelse får svekket betydning. Forståelseskravet er en beskyttelse av forbruker som ikke har kompetanse til å skjønne at forhold ved tingen kan utgjøre en mangel. Hvis man innfortolker "grovt uaktsomhet" krav kan en slik forbruker likevel anses å ha visst om en mangel han ikke forsto. Dette kan være rettferdig overfor en sakkyndig forbruker, men ikke overfor forbruker som ikke innehar den kompetansen.

På den andre siden kan bevisregel om krav til forståelse gi forbruker insentiv til å forholde seg uvitende om eventuelle forhold som vil utgjøre en mangel. Det må likevel antas at den faren har større betydning vedrørende selgers opplysningsplikt i alminnelig kontraktsrett. Selger har bedre forutsetninger til å vite hva slags forhold han skal holde seg uvitende om. Alt i alt taler både forarbeider, regelharmoni og reelle hensyn for å ikke tolke "måtte kjenne til" i fkjl. § 16 (3) som et normativt begrep.

3.3.3 Forbruker ansvarlig for materialet som brukes

Det andre unntaket er å finne i fkjl. § 16 (4) første punktum. Hvis forbruker selv har valgt materialet som skal brukes med tingen, kan han ikke påberope mangel hvis mangelen har sin årsak i materialet han har fremskaffet. Dette gjelder likevel ikke hvor selger burde fra-

rådet anvendelsen på grunn av uegnetheten. Regelen må sees i sammenheng med at tilvirkningskjøp er kjøp i forbrukerkjøpsforstand.

Bestemmelsen er ny og har sin bakgrunn i forbrukerdirektivet jf. art. 1 nr.4.

4 OVERSIKT OVER FORBRUKER SITT KRAV VED BRUDD PÅ OPPLYSNINGSPLIKTEN

Når det er slått fast at selger ikke har oppfylt opplysningsplikten sin, er det samtidig klart at det foreligger en mangel fra selgers side overfor forbruker. Mangel er et kontraktsbrudd som gir forbruker rett på visse kontraktsrettsbruddkrav etter fkjl. § 26. Dette gjelder så sant grunnen til mangelen ikke ligger hos forbruker selv, se eks. fkjl. § 16 (4) hvor forbruker selv skaffer materiale som fører til mangel.

Hvilke misligholdsbeføyelser forbruker kan gjøre gjeldende, vil bero på type mangel. Vi skiller mellom avhjelp, prisavslag og heving. I tillegg kan erstatningskrav være aktuelt.

Avhjelp jf. fkjl. § 29 innebærer at forbruker har en valgtrett mellom å kreve retting eller omlevering. Dette gjelder ikke hvis kravet er urimelig eller volder selgeren urimelige kostnader. Selger kan også tilby avhjelp selv om forbruker ikke selv krever det.

Prisavslag jf. fkjl. § 31, er det adgang til å kreve hvis avhjelp ikke gjennomføres. Mangel etter fkjl. § 16 (1) litra b kan i noen tilfeller være annerledes enn vanlige feil med tingen. Tingen kan i objektiv forstand være helt grei, men tingen har ikke de egenskapene forbruker kunne regne med på bakgrunn av selgers taushet. Da må man se hvilke verdi tingen som er levert har og hvilken verdi tingen ville ha hatt levert i samsvar med forbrukers forventninger. Mellomlegget vil således utgjøre prisavslaget.

Ved heving etter fkjl. § 32 må samme prinsipp gjelde. Her må man se om forskjellen mellom det leverte og det forbruker kunne forvente, utgjør en ikke uvesentlig mangel.

I henhold til erstatning etter fkjl. § 33 skal forbruker stilles økonomisk som om avtalen ble riktig oppfylt. Tapet må kunne dokumenteres.

5 AVSLUTTENDE SYNSPUNKTER

Som konklusjon til denne oppgaven finner jeg at å skrive om opplysningsplikten ikke nødvendigvis gjør en bedre rustet til å vurdere hva innholdet er. Som jeg skrev innledningsvis til del III var det ikke noe mål å finne et fasitsvar. Målet må heller være å se på forskjellige situasjoner og utlede ledetråder slik at man kan si noe om hva opplysningsplikten er. I den søken har jeg funnet at opplysningsplikten er et uttrykk for alminnelig fornuft og redelighet. Holder man disse to standardene foran seg, har man kommet langt. Selv om det er totalt 4 vilkår som må være oppfylt er det såpass nær sammenheng dem i mellom at det er formålsløst å vurdere dem strengt adskilt. Det er denne karakteristikken som virkelig stadfester opplysningsplikten som en av de grunnleggende prinsippene i kontraktsrett. Dette er således meget klart når man ser at opplysningsplikten går igjen i forskjellige privatretslige rettsreguleringer.

Spørsmålet kan da stilles: hvorfor man skulle ønske å behandle opplysningsplikten særskilt i forbrukerforhold, når plikten er så almen? Undertegnede mener at selv om opplysningsplikten kjerne er almen og gjenkjennelig gjennom hele lovverket, er den også forskjellig i henhold til de forskjellige rettsområdene. Dette utsagn er tydelig bevist gjennom de mange små og store avvik lovgiver har valgt ved implementeringen av opplysningsplikten i forbrukerforhold. Dette gjelder både skyldkravet til selger, unnlåtelsen av å gjennomføre undersøkelsesplikt for forbruker, lagt bort er også vesentlighetskravet. Det mest spesielle i kjøpsrettslig forstand er at opplysningsplikten er alminneliggjort. I kjøpsloven gjelder fortsatt opplysningsplikten bare for ”as is” kjøp. Denne alminneliggjøringen har likevel gode grunner da hovedformålet i forbrukerloven er å verne om den svake part.

Nå ønsker jeg å si noen ord hvor jeg ser mer kritisk på opplysningsplikten slik den er gjennomført.

Først må man spørre om opplysningsplikten stimulerer til redelig og lojal opptreden. Bestemmelsen har som nevnt både preventive og sanksjonerende tilsnitt. Hvis regelen skal ha denne virkningen burde den være klar og enkel å følge. Til dette kan det stilles spørsmål om målet om å gå bort fra skjønnsmessige og uforutsigbare bestemmelser harmonerer med opplysningspliktes vesen. Svaret er nei. Opplysningsplikten er hverken klar eller enkel å følge. Det er mange momenter som stadig forandrer seg avhengig av situasjoner og parter. Den viktigste rettesnoren er som tidligere uttrykt alminnelig fornuft og redelighet. Rent menneskelig blir det pompøst å henvise forbruker og selger til alminnelig fornuft og redelighet ved uenighet. Samtidig må man innse hvilke grenser rettsliggjøring har. Man kan ikke lovfeste alle de opplysninger selger burde gi ved alle typer kjøp. Ikke bare vil det være umulig, men det vil også være unyttig i den forstand at man da forutsetter at både selger og forbruker har oversikt over alle tilfellene reglene skal regulere. Derfor må vi nøye oss med en heller uklar og juspreget regel. Dette kan godgjøres ved at man til slutt egentlig vurderer situasjonen som helhet og ikke stykkevis slik det er gjort i denne oppgaven.

Et annet kritisk punkt er hvordan regelen praktiseres. Utgangspunktet må være å anta at de aller fleste forbrukerkjøp er såpass enkle at man ikke nærmer seg grensen hvor det er tvil om opplysningsplikten dekker forholdet. Et raskt søk hos Forbrukertvistutvalget viser at det er ved bruktbilkjøp at tvist om selger har overholdt opplysningsplikten som er de vanligste sakene. I disse sakene blir det ofte spørsmål om hvilket scenario som er mest sannsynlig, deretter må den part som anfører noe annet føre bevis for det. Dette betyr at hvis opplysningsplikten er brutt stiller det videre krav til at forbruker kan sannsynliggjøre saken sin. I de fleste forbrukerkjøp inngås det ikke kontrakter, det er mest vanlig med muntlig interaksjon. Hva som ble sagt eller ikke sagt vil i ettertid ikke være lett å bevise. Dette er en svakhet ved håndhevingen av opplysningsplikten i forbrukerkjøp. Hva man skal gjøre for å bøte på svakheten er ikke lett å si. Det viser seg at det er vanskelig nok for forbruker å samle på kvitteringer. Det vil ikke bare være vanskelig, men også urimelig at forbruker skal samle på og oppbevare materiale for ethvert kjøp. Det vil også være urimelig overfor selger å anta at forbruker alltid har rett, slik at man tar utgangspunktet i forbrukers anførsel, hvor selger så må motbevise anførselen.

Et annet punkt som ikke er et kritisk punkt, men heller anses å være en problemstilling, er spørsmål rundt særlige sårbare grupper. Innenfor den gruppen finner vi barn, ungdom, de med kognitive nedsettelse og enkelte ganger eldre. Kan man anføre at selgers opplysningsplikt burde være enda strengere ved salg til denne gruppen? Som utgangspunkt må man vurdere type kjøp. Er det tale om enkle kjøp som matvarer, filmer osv. burde ikke opplysningsplikten innebære noen utvidet plikt.

Det er først hvor kjøpene blir mer kompliserte at man kan støte på problemer. Hos alle gruppene kan opplysningene selger gir oppleves å ikke være tilstrekkelige slik at konsekvensen av forholdet ikke blir forstått av mottaker. Da kan man spørre om selger må gi en mer inngående drøftelse eller til og med fraråde kjøp. Det er viktig å huske at selger ikke skal være kjøpers vokter, men det må veies opp mot redelighetsstandarden.

En annen problemstilling er om opplysningsplikten kan svekke forbrukervernet. Utgangspunktet er at forbruker skal få nok opplysninger om tingen slik at han kan vurdere om han vil gjennomføre kjøpet. Kan selger omgå opplysningsplikten ved å overlesse forbruker med opplysninger? Istedenfor å gi de mest sentrale opplysningene slik plikten krever, pøser selger på med "all" tenkelig informasjon om tingen. På den måten blir det vanskelig for forbruker å sortere ut hva som virkelig er viktig og dermed hvilke virkninger forholdet kan få. Utgangspunktet her vil være at den informasjon selger gir må også bli forstått av forbruker. Hvis selger gjemmer den aktuelle opplysningen blant mange andre, må han samtidig forsikre seg om at forbruker forstår risikoen ved det bestemte forhold.

Et nest siste punkt er spørsmål om en streng opplysningsplikt vil føre til økt pris? Dette er ofte et motargument fra næringslivets side. Hvis man pålegger selger for mange plikter vil regningen til slutt ende hos forbruker. Det er likevel vanskelig å se at å gi sentrale opplysninger om tingen skulle koste selger uforholdsmessig mye økonomisk.

Et siste spørsmål er om opplysningsplikten kan lempes pga. forbrukers økte profesjonalitet. Bakgrunnen for spørsmålet er den rollen internett og Google har fått i den vanlige persons

liv. Det blir mer og mer vanlig å ”google” ting man skal anskaffe seg både for å se på pris, egenskaper/funksjonaliteter, andres erfaringer med produktet med mer. Når forbruker har et slikt hjelpemiddel i umiddelbar nærhet (slik internett har blitt) kan det senke de forventningene forbruker har til selgers generelle opplysningsplikt? Selger plikter som nevnt ikke bare å sørge for at opplysningen når fram til forbruker, men også at forbruker oppfatter opplysningen. Derfor kan ikke selger ta utgangspunkt i at forbruker har forberedt seg før kjøpet, med den konsekvens at han ikke trenger å opplyse om forhold like nøye som ellers.

I denne sammenheng må forbruker være varsom med å tro på alt som står på nettet. Han er selv ansvarlig for egne forutsetninger og forventninger. Blir ikke disse kommunisert til selger, kan forbruker heller ikke anføre mangel hvis tingen ikke møter hans forventninger, jf. prinsippet om at man bærer risikoen for egne forutsetninger og forventninger.

Helt kort til slutt ønsker jeg å poengtere at selv om opplysningsplikten kan være en uklar og uforutsigbar regel, er den også prinsipiell og dynamisk. Således kan den tillates å være skjønnsmessig hvor det alltid først og fremst må være det konkrete tilfellet som må være vurderingstemaet.

▪ Litteraturliste

Bøker:

Hagstrøm, Viggo og i samarbeid med Aarbakke, Magnus. Obligasjonsrett. Oslo, 2003.

Hagstrøm, Viggo. Kjøpsrett. Oslo, 2005.

Woxholth, Geir. Avtalerett. 6. Utg. Oslo, 2006.

Lilleholt, Kåre. Knophs oversikt over Norges rett. 13. Utg. Oslo, 2009.

Jusleksikon. Gisle, Jon...(et.al.). 3. Utg. Oslo, 2007.

Tverberg, Arnulf. Forbrukerkjøpsloven: med kommentarer. Oslo, 2008.

Martinussen, Roald. Forbrukerkjøp. 2. Utg. Oslo, 2010.

Haaskjold, Erlend. Kontraktsforpliktelser. Oslo, 2002.

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5 utg ved Jan E. Helgensen. Oslo, 2011.

Lødrup, Peter. Lærebok i erstatningsrett. 5 utg. Oslo, 2008

Lov- og forarbeideregister:

1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15 april 1687.

1918 Avslutning av avtaler, om fuldmagt og ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31 mai 1918 nr 4.

1988 kjøp (kjøpsloven) av 13 mai 1988 nr 27.

1992 Avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3 juli 1992 nr 93.

1992 Gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven) av 27 nov 1992 nr. 109

1997 Om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslove) av 13 juni 1997 nr. 43

2000 Om opplysningsplikt og angrerett m.v. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted (angrerettloven) av 21 des 2000 nr. 105

2002 Forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21 juni 2002 nr 34.

NOU 1990:1991 lov om avhending av fast eigedom

NOU 1993:27. Forbrukerkjøpslov

Ot.prp. nr. 66 (1990-1991). Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

Ot.prp. nr. 21 (1996-1997). Om lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)

Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Dir/44/1999 The European Parliament and of the Council on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees

Traktater:

CISG The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Wien 13. Mai 1980

Domsregister:

Rt. 1925 s. 208

Rt. 1925 s. 717

Rt. 1935 s. 669

Rt. 1953 s. 449

Rt. 1966 s. 996

Rt. 1975 s. 478

Rt. 1984 s. 28

Rt. 1980 s. 1586

Rt. 1988 s. 766

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1995 s. 245

Rt. 1995 s. 1460

Rt. 1998 s. 774

Rt. 2001 s. 369

Rt. 2003 s. 612

Rt. 2005 s. 257

Rt. 2006 s. 179

RG 1995 s. 1081